Aufrechnung gegen eine Nichtschuld

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Adolf Brauer
Gerichtsreferendar in Breslau

Breslau
Schlesische Buchdruckerei v. S. Schottlaender A.-G.
1909

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Herr Prof. Dr. Schott
Korreferent: Herr Geheimrat Prof. Dr. Dahn

Meinen lieben Eltern
gewidmet

Inhalts-Verzeichnis.

Literatur-Verzeichnis.

Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund (3. Aufl. 1894).

Cohn, Erlaß und Verzicht. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 47 S. 221 ff.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 1. und 2. Aufl.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. 2 (1902).

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens Bd. II, 1.

Eccius, Die eventuelle Aufrechnung. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 42 S. 15 ff.

Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des BGB. Bd. 1 (1903).

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. 1 (1900).

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht Bd. 1 (1901).

Feder, Die rechtliche Natur der Aufrechnung außerhalb des Rechtsstreits. In Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 54 S. 434 ff.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch (1904).

Förtsch, Die sog. eventuelle Aufrechnung unter dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 42 S. 225 ff.

Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts (1903).

Isay, Die Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäfts nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch (1899).

Jäger, Kommentar zur Konkursordnung (1903).

Kaufmann, Kommentar und Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches Bd. 2 (1901).

Kipp zu Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2 (1906).

Kohler, Kompensation und Prozeß. In Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 20 S. 1 ff.

Kohler, Aufrechnung nach dem BGB. Daselbst Bd. 24 S. 1 ff.

Kohler, Encyklopädie der Rechtswissenschaft Bd. 1.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2 (1906).

Kretschmar, Die Erfüllung (Leipzig 1906).

Lang, Das Aufrechnungsrecht nach bürgerlichem Recht (1906).

Langheineken, Anspruch und Einrede (1903).

Fr. Leonhard, Die Aufrechnung (1896).

Fr. Leonhard, Die Wahl bei der Wahlschuld, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte. In Iherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 41 S. 1 ff.

Fr. Leonhard, Aufrechnung gegen eine Nichtschuld. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 21 S. 171 ff.

Liebknecht, Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung nach heute geltendem und künftigem Reichsrecht (1899).
Lind, Zur Lehre von den Voraussetzungen der Aufrechnung nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs unter Berücksichtigung des gemeinen Rechts. (J.-D. Heidelberg 1905).
Lippmann, Zur Lehre von der Kompensation nach dem Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs. In Iherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 32 S. 157 ff.
Lippmann, Rückwirkung und Rechtsgeschäft der Aufrechnungserklärung. In Iherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 43 S. 435 ff.
Mansfeld, Zur Lehre von der Eventualaufrechnung. In der Deutschen Juristenzeitung, 3. Jhg. S. 255 ff. (1898).
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. 1 (1900).
v. Mayr, Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts (1903).
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich (1888).
Nolte, Das Wesen der Aufrechnung (J.-D. Rostock 1907).
Oertmann, Die Rechtsbeständigkeit von Forderung und Gegenforderung als Erfordernis der Aufrechnung. Im Recht S. 447, Jhg. 1901.
Oertmann, Aufrechnung und Anweisung. Ebenda S. 33 Jhg. 1905.
Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse (2. Aufl. 1906).
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 2.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuchs (1897).
Reinhold, Die einseitige außergerichtliche Aufrechnungserklärung des BGB. für das deutsche Reich ein abstraktes Rechtsgeschäft (J.-D. Freiburg 1903).
Schlichting, Die Aufrechnung nach dem bürgerlichen Gesetzbuche (J.-D. Rostock 1901).
Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse (1900).
Schöninger, Die Leistungsgeschäfte des bürgerlichen Rechts (1906).
v. Schrutka-Rechtenstamm, Die Richtigkeit der Forderungen als Voraussetzung der Kompensation (1900).
Siber, Kompensation und Aufrechnung (1899).
Staudinger, Kommentar zum BGB. 2. Bd. (1. u. 2. Teil), Recht der Schuldverhältnisse 1908.
Stölzel, Schulung für die zivilistische Praxis, 2. Teil: Zur Lehre von der Eventualaufrechnung (1. Aufl. 1897. 4. Aufl. 1906).
Stölzel, Zur Verständigung über die Eventualaufrechnung. In der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 24 S. 50 ff.
Sydow-Busch, Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz (1905).
Weigelin, Das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld (1904).
Weißmann, Die Aufrechnung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. In der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 26 S. 1 ff.

Rehbein, Entscheidungen des vormaligen Obertribunals.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.

Aufrechnung gegen eine Nichtschuld.

Erster Abschnitt.

Darlegung der Streitfrage und ihrer Bedeutung.

Zweck der vorliegenden Arbeit ist die Untersuchung der Frage, welche Wirkungen die Aufrechnung einer bestehenden gegen eine nicht bestehende Forderung, kurz gesagt, die Aufrechnung gegen eine Nichtschuld[1]) hat. Der Streit, der sich deswegen in der Literatur erhoben hat, betrifft die Frage, ob die bestehende Forderung des aufrechnenden Teils durch die Aufrechnungserklärung untergeht[2]), oder, was hier nachgewiesen werden soll, trotz der Aufrechnungserklärung unberührt bleibt[3]). Die praktische Be-

[1]) Die Bezeichnung wird zuerst von Fr. Leonhard im „Archiv für bürgerliches Recht" Bd. 21 S. 171 gebraucht.

[2]) Dafür insbesondere Fr. Leonhard „Aufrechnung gegen eine Nichtschuld" a. a. O. und „Die Aufrechnung" (1896) S. 154, ferner Stölzel „Schulung für die zivilistische Praxis" (4. Aufl. 1906) S. 307 (wenn ohne Vorbehalt aufgerechnet wird), Hellwig „Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts" (1903) S. 239, Isay „die Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäfts" (1899) S. 81, Kohler „Aufrechnung nach dem BGB." in „Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß" Bd. 24 S. 20 ff., Encyklopädie der Rechtswissenschaft" Bd. 1. S. 670, „Lehrbuch des bürgerlichen Rechts" 2., S. 184, 210 (wenn außergerichtlich aufgerechnet wird), Kaufmann, Kommentar und Institutionen des BGB. Bd. 2. S. 258, Weißmann, „Die Aufrechnung nach dem BGB." in der „Zeitschrift f. d. Zivilprozeß Bd. 26 S. 28, Reinhold „Die einseitige außergerichtliche Aufrechnungserklärung des BGB. für das deutsche Reich ein abstraktes Rechtsgeschäft". (Freiburger Diss. 1903) S. 28 ff., Förtsch, „Die sog. ev. Aufrechnung unter dem Recht des BGB. in Gruchots „Beiträgen" Bd. 42 S. 231 ff.

[3]) Dafür besonders Ortmann „Die Rechtsbeständigkeit von Forderung und Gegenforderung als Erfordernis der Aufrechnung" in „Das Recht" 5. Jahrg. (1901) S. 447—450, ferner im „Kommentar z. BGB. Recht der Schuldverhältnisse" S. 250, Plank „BGB." Bd. 2 Not. 1b und 2 zu § 387, Staudinger „Kommentar z. BGB."

deutung dieses Unterschieds scheint nun dadurch abgeschwächt zu werden, daß auch die Anhänger der Erlöschungswirkung dem aufrechnenden Teil eine Klage aus der ungerechtfertigten Bereicherung und zwar eine condictio indebiti wegen seiner solvendi causa (durch Schuldbefreiung) erfolgten Leistung gewähren. Nichtsdestoweniger bestehen weitgehende Unterschiede auch in praktischer Hinsicht, da die Kondiktionsforderung sowohl im Umfang wie in der Sicherheit der ursprünglichen Forderung nachsteht. Im Augenblick der Aufrechnung sind allerdings die Bereicherungsforderung und die ursprüngliche Forderung der Höhe nach gleich. Das Größenverhältnis ändert sich aber schnell. Zwar ist der Fall, daß die Kondiktionsforderung wegen Wegfalls der Bereicherung untergeht, sehr selten. Er ist nur unter der Voraussetzung denkbar, daß der Bereicherte in gutem Glauben das Erlangte unentgeltlich einem Dritten zuwendet (§822 BGB.) z. B. weil er für seine (vermeintliche) Forderung wider Erwarten Befriedigung erhalten hat. Ohne einen solchen Wegfall der Bereicherung vermag aber die ursprüngliche Forderung in kurzer Zeit durch Zinsenauflauf einen höheren Betrag zu erreichen als die Kondiktionsforderung, die nur in Ausnahmefällen verzinslich ist, jedenfalls nie zu einem höheren als dem gesetzlichen Zinsfuß.

Desgleichen ist die Sicherheit der Kondiktionsforderung geringer als die der ursprünglichen Forderung. Ist beispielsweise die letztere durch Bürgen oder Pfänder gedeckt gewesen, so erlischt deren Haftung mit der Tilgung der Forderung. Die Kondiktionsforderung kann sich

---

Bd. 2, 1 Not. 4 zu § 387, Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts § 111, 5b. 3. Aufl. (anders frühere Auflage), Crome „System des d. bürgerl. Rechts" 2. § 192 Anm. 36, Dernburg „Das bürgerliche Recht II, 1 (1905) § 126, I. Kipp zu „Windscheid's Pandekten" Bd. 2 (1906) S. 479, Siber „Kompensation und Aufrechnung" (1899) S. 92 ff., Liebknecht „Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung" (1899) S. 124 ff, v. Mayr „Der Bereicherungsanspruch des deutsch. bürg. Rechts" S. 465 Nr. 1, Lippmann „Rückwirkung und Rechtsgeschäft der Aufrechnungserklärung" in Iherings Jahrb. f. d. Dogmatik des bürg. Rechts Bd. 43 S. 497 ff., Eccius „Nachträgliche Bemerkungen über die ev. Aufrechnung und Aufrechnung nach BGB." in Gruchots Beiträgen z. Erl. d. deutsch. Rechts Bd. 42 S. 253 ff., Jäger „Kommentar zur K. O." (1903) § 53 Anm. 3, Weigelin „das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld" (1904) S. 60, Lang „Das Aufrechnungsrecht nach bürg. Recht" (1906) S. 6, Nolte „Das Wesen der Aufrechnung" (1907) J.-D. Rostock S. 14 ff., Fischer-Henle BGB. Anm. 2 zu § 387, Langheineken „Anspruch und Einrede" (1903) S. 132.

deshalb günstigsten Falls auf Wiederherstellung der Sicherheit richten[4]). Dabei ist aber zu beachten, daß, weil die dingliche Haftung der Pfänder erloschen ist, nur eine persönliche Klage auf Wiederbegründung möglich ist. — Ferner liegen bedeutsame Unterschiede im Wesen der condictio solvendi causa begründet. Nach § 814 BGB. kann der Kondiktionsanspruch überhaupt nicht erhoben werden, wenn der Aufrechnende wußte, daß der andere Teil eine Forderung gegen ihn nicht besitze. Daher ist die Kondiktionsforderung nur bei Irrtum des Aufrechnenden als Rechtsbehelf zulässig.

Je nachdem man die vorliegende Streitfrage entscheidet, regelt sich auch eine Frage der Beweislast im Prozeß. Klagt nämlich der aufrechnende Teil seine Forderung ein unter der Behauptung, gegenüber einer Nichtschuld aufgerechnet zu haben, so fragt es sich, ob der Kläger zu beweisen hat, daß die Gegenforderung nicht bestanden oder der Beklagte, daß sie bestanden hat. Nach der Theorie der Gegner kann dann der Aufrechnende nur mit der condictio indebiti vorgehen. In diesem Fall muß er (der Kläger) beweisen, daß er auf eine Nichtschuld geleistet habe. Nach der hier vertretenen Theorie kann der Kläger aus seiner ursprünglichen Forderung klagen. Dann müßte an sich der andere Teil (der Beklagte) beweisen, daß seine Gegenforderuug bestanden hat, die Klageforderung daher durch Aufrechnung gegen sie untergegangen ist. Es wird später gezeigt werden, daß diese verschiedene Verteilung der Beweislast praktisch doch ohne Bedeutung ist.

Von der Entscheidung der Streitfrage wird endlich die Zulässigkeit der praktisch bedeutsamen sog. „Eventualaufrechnung" abhängig zu machen sein, wie später nachzuweisen ist.

Zweiter Abschnitt.

Geschichtlicher Rückblick.

Die Streitfrage, die hier entschieden werden soll, sieht nicht auf eine lange juristische Vergangenheit zurück. Sie ist eng verknüpft mit der Frage nach dem Aufrechnungsvollzuge.

---

[4]) Dies ist bestritten. Vgl. aber Bähr „Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund" 3. Aufl. S. 201, Stölzel a.a. O. S. 307 und die Ausführungen im 7. Abschnitt.

Unter der Herrschaft der absoluten Theorien des gemeinen Rechts, nach denen die Kompensation durch unbedingtes Rechtsereignis — das bloße Gegenübertreten (Koexistenz) der Forderungen — oder durch bedingtes Rechtsereignis — Selbstaufhebung, die durch Kompensationserklärung bedingt ist[5]) — vollzogen wurde, konnte die Kontroverse nicht praktisch werden, da hier die Aufhebung der einen Forderung von der andern ausging und daher eine Forderung allein nicht durch Kompensation untergehen konnte. Von den relativen Theorien des gemeinen Rechts[6]), der prozessualen und rechtsgeschäftlichen Theorie, bot die prozessuale Theorie auch keinen Anlaß zur Erörterung der hier behandelten Streitfrage. Nach dieser Theorie vollzog nicht die Partei, sondern der Richter die Kompensation und zwar, wie von allen mit Ausnahme von Eisele angenommen wurde, auf Grund des exzeptionsweisen Vorbringens des Beklagten im Prozeß. Wer nun wie Brinz und Windscheid in diesem Vorbringen des Beklagten nur eine Berufung auf eine schon durch die Koexistenz der Forderungen herbeigeführte Schwächung, eine „Affektion" der Forderungen, erblickte, mußte ohne weiteres folgern, daß zur Kompensation durch den Richter zwei Forderungen gehörten. Aber auch diejenigen Anhänger der prozessualen Theorie, die eine Affizierung der Forderungen vor ihrem einredeweisen Vorbringen im Prozeß leugneten, konnten zu keinem anderen Ergebnis gelangen. Stellte nämlich der Richter fest, daß die Klageforderung nicht bestand, so vollzog er die Kompensation nicht, sondern wies die Klage deswegen ab. Die Kompensationseinrede aber konnte in diesem Fall den Beklagten schon deswegen nicht um seine Gegenforderung bringen, weil ja nicht er, sondern der Richter die Kompensation vollzog. Erkannte aber der Richter die Klageforderung als zu Recht bestehend an und vollzog er im Urteil die Kompensation, dann war es um die zur Kompensation gestellte Gegenforderung des Beklagten ein für alle Mal geschehen. Einer erneuten Geltendmachung der Gegenforderung seitens des Beklagten stand dauernd die Rechtskraft des ersten Urteils, die positive Funktion der exceptio

---

[5]) Sog. „Rückziehungstheorie". Im römischen Recht wurde die Wirkung der Bedingung mit dinglicher Kraft auf den Zeitpunkt der Satzung zurückbezogen.

[6]) Die relativen Theorien sehen in der Aufrechnung eine Rechtshandlung, die absoluten ein Rechtsereignis.

rei iudicatae entgegen[7]). Durch das Judikat war die Gegenforderung konsumiert. Es konnte also bei dieser Auffassung des Aufrechnungsvollzuges nie die Frage aufgerollt werden, ob die Gegenforderung des Beklagten mangels einer gültigen (wenn auch fälschlich vom Richter zuerkannten) Klageforderung nicht durch die Kompensation verbraucht war und daher nochmals und wenn auch nur im Wege der Kondiktion geltend gemacht werden könne.

Nur auf dem Boden der rechtsgeschäftlichen Theorie des Kompensationsvollzuges konnten die Zweifel, die zu der vorliegenden Kontroverse geführt haben, Wurzel fassen. Doch ist diese Theorie selber jüngeren Datums. Daß die Römer ihr schon gehuldigt haben, hat Fr. Leonhard in seinem Werk „Die Aufrechnung" aus den Quellenstellen, insbesondere der l. 2 D 16, 2; l. 20 § 2 D 40, 7 und l. 3 D. h. t., herzuleiten versucht. Seine Lehre ist aber von der Literatur reprobiert. Die Rechtsprechung des gemeinen Rechts im 19. Jahrhundert hat wohl zuerst diese Vollzugstheorie der Kompensation vertreten. Auch die Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts und vereinzelte Stimmen der Wissenschaft wie Gruchot und Ohnesorge haben diesen Standpunkt verteidigt. Nichtsdestoweniger ist nirgends, weder in den Quellen, noch in den Entscheidungen oder wissenschaftlichen Bearbeitungen der Theorie der vorliegenden Streitfrage gedacht.

Nur für die vertragsmäßige Kompensation wurde die Frage erörtert, ob mit einer bestehenden gegen eine nicht bestehende Forderung wirksam kompensiert werden könne. Hier entschied man sich, insbesondere in der Rechtsprechung, für die Unwirksamkeit, weil eine vertragsmäßige Kompensation überall da begrifflich unmöglich erschien, wo darin nicht nach dem ausdrücklichen Willen der Parteien

---

[7]) Dies ist für das römische und gemeine Recht insbesondere als argumentum e contrario aus fr. 7, 1 de comp., 16, 2 zu folgern:

> „Si rationem compensationis index non habuerit salva manet
> „petitio nec enim rei iudicatae exceptio obici potest. aliud
> „dicam, si reprobavit pensationen quasi non existente debito;
> „tunc enim rei iudicatae mihi nocebit exceptio."

vgl. ferner fr. 7, 2 de neg. gest. 3, 5 und zu dem ganzen Siber a. a. O. S. 45 ff. Für das Recht vor dem BGB. vgl. § 322 Abs. 2 (alte Fassung § 293) Sydow-Busch Anm. 4 zu § 322 ZPO.

ein Erlaßvertrag hätte liegen sollen[8]. Jedenfalls hat Leonhard[9] richtig ausgeführt, daß von der vertragsmäßigen auf die einseitige Aufrechnung sich nach keiner Richtung Analogieschlüsse ziehen lassen. Daher soll uns auch das Verhältnis bei der Vertragsaufrechnung nicht weiter beschäftigen. —

Erst nach dem Entwurf des BGB. ist die Streitfrage von Lippmann (1893)[10] und im Anschluß daran von Fr. Leonhard (1896)[11] zuerst eingehend erörtert worden.

Dritter Abschnitt.

Die Aufrechnungsvollzugstheorien nach B.G.B. in ihrer Bedeutung für die Entscheidung der Streitfrage.

Der alte Streit zwischen den absoluten und relativen Theorien ist trotz des klaren Wortlauts des § 388 BGB.

> „Die Aufrechnung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem „andern Teil."

auch im modernen Recht nicht zum Abschluß gelangt. Durch die Fassung des zitierten Paragraphen mußten allerdings sowohl die absolute Theorie von der „unbedingten Selbstaufhebung" als auch die relativ-prozessuale Theorie[12] aus den Vollzugstheorien ausscheiden.

---

[8] Vgl. Rehbein Entscheidungen des vorm. Obertribunals Bd. 3 S. 68. Anm. 1 und das dort abgedruckte Erkenntnis vom 3. April 1865.

[9] Im Arch. f. b. Recht Bd. 21 S. 175—179.

[10] „Zur Lehre von der Kompensation" in Iherings Jahrb. Bd. 32 S. 240 ff.

[11] „Die Aufrechnung" S. 150, 154.

[12] Kohler (bei Busch's Zeitschrift f. Zivilpr. Bd. 24 S. 18 ff. und Bürg. Recht II. S. 216 ff.) will allerdings von der Berufung auf die rechtsgeschäftliche Aufrechnungserklärung (zivilistische Aufrechnung) die unmittelbar durch Prozeßhandlung erfolgende prozessualische Aufrechnung unterscheiden; letztere sei echte Einrede, d. h. Geltendmachung der Aufrechnungslage und Gegenforderung. Dagegen vgl. Ortmann Not. 1 zu § 388 und Staudinger Not. 2 Vorbem. zu § 387 und Leonhard im Arch. f. b. R. Bd. 21 S. 201.

Zurückgeblieben sind in der Hauptsache die Theorie der „bedingten Selbstaufhebung“ („Rückziehungstheorie“) und die rechtsgeschäftliche Theorie („Rückwirkungstheorie“)[13].

Da die Annahme der ersteren Theorie, wie bereits für das frühere Recht ausgeführt wurde, zur Verneinung der Wirksamkeit der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld führt, muß eine Auseinandersetzung zwischen beiden Theorien hier erfolgen. —

Als Beweis für die Theorie der „bedingten Selbstaufhebung“ berufen sich ihre Anhänger insbesondere auf die Bestimmung des § 389 BGB., wonach die Aufrechnung bewirkt, daß die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind. Diese Rückwirkung ist allerdings aus der rechtsgeschäftlichen Natur der Aufrechnung nicht herzuleiten. Die Materialien zum Gesetze[14]) haben sich damit begnügt, dies als eine (gesetzliche) Fiktion zu bezeichnen, die aus praktischen Rücksichten vom Gesetzgeber habe aufgestellt werden müssen. Tatsächlich steht auch nichts im Wege, wenn das Gesetz anordnet, vom Eintritt einer Tatsache an solle alles so gehalten werden, wie wenn dieselbe schon in einem früheren Zeitpunkt eingetreten wäre, so z. B. wenn sich ein Gesetz rückwirkende Kraft beilegt. Das ist keine Rückwirkung, die ja schon begrifflich unmöglich wäre, sondern eine eigentümliche Folgewirkung[15]). Die Anhänger der „bedingten Selbstaufhebung“ kämpfen bei ihrer „Rückziehung“ mit noch größeren Schwierigkeiten. Die Bedingung, unter der die Selbstaufhebung eintreten soll, kann unmöglich eine rechtsgeschäftliche Bedingung sein, da das BGB. sie nicht mit dinglich rückziehender Kraft ausgestattet hat (§ 158 B.G.B.). Soll sie aber eine Rechtsbedingung (conditio juris) sein, dann bleibt unaufgeklärt, warum auf die eine Rechtsbedingung, das Gegenüberstehen zweier Forderungen, mehr Gewicht zu legen sei als auf die andere, die Aufrechnungserklärung. Die Theorie der „bedingten Selbstaufhebung“, die ver-

---

[13]) Die Anhänger der verschiedenen Vollzugstheorien (mit den kleinen Abweichungen von einander) sind übersichtlich aufgezählt bei Oertmann a. a. O. S. 247 ff.

[14]) Motive zum Entwurf eines BGB. Bd. 2 S. 109.

[15]) Vgl. Weigelin a. a. O. S. 14.

schiedene Spielarten aufweist[16]) könnte nur dann aus der Rückwirkung eine Selbstkompensation der Forderungen herleiten, wenn schon die Koexistenz der Forderungen einen gewissen Einfluß auf einander ausübte, insbesondere eine Einrede erzeugte. Dies verneinen ausdrücklich die Materialien zum Gesetz[17]). Man hat das zu erklären versucht, indem man gesagt hat, dem Schuldner stehe nur deshalb nicht eine Einrede zu, weil er das weitergehende Recht zur Aufrechnung habe[18]). Dieser Schluß ist aber nicht richtig. Die Einrede ist ein Leistungsverweigerungsrecht[19]), während die Aufrechnung die gegnerische Forderung tilgt. Insofern geht allerdings die Wirkung der Aufrechnung weiter, als die der Einrede. Während aber die Einrede nie mit einem Opfer des Einredeberechtigten verbunden ist, muß hier der Schuldner ein Äquivalent, seine eigene Forderung, zum Opfer bringen. Das Recht des Aufrechnenden besteht nicht darin, überhaupt nicht leisten zu brauchen, sondern anders leisten zu dürfen.

Bei der Aufrechnung ist nicht der Zeitpunkt des Gegenübertretens der Forderungen, sondern der der Erklärung für den Eintritt der Wirkungen als auch für das Vorhandensein der Voraussetzungen maßgebend, wie Fr. Leonhard[20]) treffend nachgewiesen hat.

Danach kann der Theorie der „bedingten Selbstaufhebung", zumal § 388 B.G.B. das Schwergewicht auf die Willenserklärung legt, für das heutige Recht keine Berechtigung zur Erklärung des juristischen Vorgangs zuerkannt werden. Als U r s a ch e des Tilgungs-

---

[16]) Nach Endemann hat die Aufrechnungserklärung nur „deklarative" Bedeutung, sie „enthüllt" den früheren Rechtszustand; Kohler spricht von „rechtlicher Gebundenheit" und „Vinkulierung" der Forderungen (trotzdem er prinzipiell die rechtsgeschäftliche Natur der Aufrechnung anerkennt), Crome von einem „Schwebezustand", Dernburg von einem „schwebenden Tilgungsgrund", Weißmann von einem „Aufrechnungsverhältnis", Weigelin vom „Pfandrecht an der eigenen Schuld". Prägnant ist überall die Einwirkung, die die Forderungen schon vor der Aufrechnungserklärung auf einander ausüben sollen.

[17]) vgl. Mot. 2 S. 107 und Prot. Bd. 1 S. 370, dagegen nur Lippmann in Iherings Jahrb. Bd. 43 S. 468 ff.

[18]) Vgl. Örtmann a. a. O. S. 248.

[19]) Dessen Ausübung nur unter bestimmten Bedingungen die Forderung aufhebt; näheres darüber im 7. Abschnitt.

[20]) Archiv f. b. R. Bd. 21 S. 179—201.

erfolges ist vielmehr die Erklärung und nicht die Aufrechnungslage gekennzeichnet (rechtsgeschäftliche Theorie).

Hierdurch ist aber noch keineswegs die Frage entschieden, unter welchen Voraussetzungen die rechtsgeschäftliche Willenserklärung ihre Wirkungen ausüben kann. Allgemein wird von den Materialien des Gesetzes[21]) und den wissenschaftlichen Vertretern der rechtsgeschäftlichen Theorie das Vorhandensein beider Forderungen als Voraussetzungen der Aufrechnung hingestellt.

Daß das Vorhandensein beider Forderungen Voraussetzung der Aufrechnung sei, wird auch von den Gegnern unserer Auffassung nicht geleugnet[22]), wohl aber behaupten sie, daß es nicht Rechtsbedingung für die Gültigkeit sei. Dabei verstehen sie unter Voraussetzung die subjektive Vorstellung des Aufrechnenden von der Gültigkeit der Gegenforderung[23]).

Vierter Abschnitt.

Darstellung und Widerlegung der gegnerischen Ansichten.

Wir werden im folgenden darstellen, wie die Gegner dazu gelangen, die Wirksamkeit der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld zu bejahen und damit in Verbindung die Stichhaltigkeit ihrer Beweisgründe würdigen:

Da die positiven Vorschriften des Gesetzes über die Aufrechnung den Gegnern keine Handhabe für ihre Lehre gewähren, sucht die Mehrzahl von ihnen ihre Beweisgründe aus den Vorschriften analoger Rechtsgebilde herzuleiten, die man zur Erklärung des Wesens und der Rechtsnatur der Aufrechnung herangezogen hat.

§ 1. Die Zahlungstheorie.

Die gebräuchlichste Analogie, die die Gegner zum Beweise ihrer Lehre verwendet haben, ist diejenige mit der Zahlung[24]). Ebenso

---

[21]) Vgl. Mot. 2 S. 107.

[22]) Vgl. Leonhard im Arch. f. b. R. Bd. 21 S. 173 und Kohler Ztschr. f. Zivilpr. Bd. 24 S. 20.

[23]) Vgl. Leonhard a. a. O. S. 218.

[24]) Die Analogie findet einen prägnanten Ausdruck in dem französischen Rechtssprichwort: „Qui compense, paye“.

wie nämlich gültig auf eine Nichtschuld gezahlt werden kann, und dem Zahlenden nur eine condictio indebiti unter gewissen Umständen erwächst, soll es nach Ansicht der Gegner auch bei der Aufrechnung gehalten werden, wo mit einer Forderung gezahlt werde[25]).

Es soll nun nicht verkannt werden, daß, wenn auch alle Gegner auf die Analogie mit der Zahlung hinweisen, und einzelne wie Kaufmann[26]) und Weißmann[27]) die Wirksamkeit der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld überhaupt nur auf diese Analogie gründen, doch wohl fast allen Gegnern der Vergleich mit der Zahlung nur ein bequemeres Bild ist und daß sie eigentlich nur behaupten wollen, die Aufrechnung sei wie die Zahlung eine Leistung zum Zweck der Tilgung einer Verbindlichkeit[28]). Das wäre aber nur eine andere Formulierung des Beweisthemas. Ob man nämlich behauptet, die Aufrechnung gegen eine Nichtschuld bewirke die Tilgung der aufgerechneten Forderung oder enthalte eine Leistung (durch Schuldbefreiung), kommt auf eins heraus[29]).

Es wird daher, zumal die Analogie der Aufrechnung mit der Zahlung früher sehr viele Anhänger hatte, unterstellt werden, die genannten Gegner wollten zum Beweise ihrer Lehre behaupten, in der Aufrechnung läge eine Zahlung. Zwischen Aufrechnung und Zahlung bestehen weitgehende Unterschiede. Dies zeigt schon die historische Betrachtung.

Nach der Definition der l. 176 D. de V. S. 50, 16 (Ulpianus ad Salinum)

„solvere dicere eum qui fecit quod facere promisit."

ist Zahlung die Leistung des Versprochenen. Nicht etwa gelten alle nach Zivilrecht die Obligation aufhebenden Akte als solutio, so auch nicht die compensatio, (so l. 4 C. de comp. 4, 31, vgl. auch

---

[25]) Stölzel a. a. O. S. 7 nennt es eine „ideelle" Zahlung.

[26]) A. a. O. S. 258.

[27]) In Iherings Jahrb. Bd. 26 S. 28.

[28]) Analog §§ 813, 814 BGB., die unkorrekt von einer Leistung zum Zweck der Erfüllung, statt der Tilgung einer Verbindlichkeit reden.

[29]) Deshalb haben unsere bedeutenderen Gegner wie Fr. Leonhard, Kohler und Stölzel die einseitige Leistung (durch Schuldbefreiung) auf besondere Weise zu begründen versucht, nicht aber die Parallele der Aufrechnung mit der Zahlung zum Beweise herangezogen. Das wird aus dem späteren hervorgehen.

l. 4 D. qui pot. in pign. 20, 4).. In dem „non solvere" liegt, wie der römische Jurist Pomponius hervorhebt, gerade der Vorzug der Kompensation[30]).

Während nämlich die Zahlung als Unterart der Erfüllung Verwirklichung des Obligationeninhaltes ist[31]), gewährt die Aufrechnung, indem sie die Erfüllung vermeidet, dem anderen Teil nur eine Befriedigung (satisfactio) durch eine nichtgeschuldete, der geschuldeten gleichwertige Leistung. Die Aufrechnung enthält also eine Leistung an Erfüllungsstatt. Danach besteht zwischen Zahlung und Aufrechnung ein Wesensunterschied. Ein weiterer Unterschied liegt aber in der Form. Die Zahlung als solche ist ein zweiseitiges Rechtsgeschäft. Es erfordert Einigung und Übergabe der Zahlungsmittel. Von dem Oberbegriff der Erfüllung aus gesehen, kommt dem rechtsgeschäftlichen Moment keine selbständige Bedeutung zu, vielmehr greift nur eine sekundäre Bedeutung des Rechtsgeschäfts bei der Erfüllung insofern Platz, als „bei gewissem Leistungsinhalt (so bei der Zahlung) diesem seine Bestimmung zur Tilgung einer bestimmten Obligation in normaler Weise durch Willensakt[32]) aufgeprägt wird"[33]). Anders bei der Aufrechnung. Trotzdem bei jeder sonstigen datio in solutum der Wille des Gläubigers wegen der Abweichung der Leistung von derjenigen, durch die sich der Schuldner nach dem Inhalt der Obligation befreien konnte, als konstitutives Element notwendig hinzutreten muß, damit Befreiung eintrete[34]), hat die Rechtsordnung aus besonderen Gründen bei der Aufrechnung die einseitige Schuldbefreiung mit tilgender Kraft begabt. Das Recht hat also die Aufrechnung als einseitiges Rechtsgeschäft konstruiert. Damit ist auch der formelle Unterschied von Zahlung und Aufrechnung klargestellt.

Die Unterschiede zwischen Zahlung und Aufrechnung lassen daher einen Rückschluß von der Zahlung auf die Aufrechnung gegen eine Nichtschuld nicht zu.

---

[30]) fr. 3 D. 16, 2.

[31]) Vgl. Kretschmar „Die Erfüllung" (1906) S. 133.

[32]) Bei der Zahlung durch zweiseitiges Rechtsgeschäft.

[33]) Kretschmar a. a. O. S. 107.

[34]) § 364 BGB. vgl. auch Kretschmar a. a. O. S. 119 ff.

§ 2. Fr. Leonhards Zwangsverwertungstheorie.

Fr. Leonhard[35]) nimmt zwar auch an, daß der eigentliche Grund für die Gültigkeit der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld aus der Analogie der Zahlung zu entnehmen sei. Die Analogie erblickt er aber nur darin, daß beiden Rechtsinstituten eine rechtsgeschäftliche Tilgungsbestimmung innewohnt. Da eine solche aber mit jeder Leistung verbunden werden kann, fragt sich Leonhard weiterhin[36]) folgerichtig, worin denn bei der Aufrechnung die einseitige Leistung bestehe. Die Antwort findet Leonhard in seiner Konstruktion des Aufrechnungsrechts als „Zwangsverwertungsrecht"[37]). Was Leonhard unter einem solchen versteht, sei hier kurz geschildert.

In dem „Zwangsverwertungsrecht" steckt nach Leonhard zunächst ein Zwangsrecht, das dem Berechtigten die Möglichkeit gewähre, ohne den Willen des Schuldners in dessen Vermögen einzugreifen. Ferner sei darin ein Verwertungsrecht enthalten, kraft dessen der Gläubiger den Wert eines Vermögensstücks seines Schuldners in sein eigenes Vermögen zum Zweck der Befriedigung überführen dürfe. Die Zwangsverwertung erfolge nun bei der Aufrechnung durch Verfügung des Aufrechnenden. Ein solches Zwangsverfügungsrecht gewähre auch das der Aufrechnung analoge, aber mit ihr nicht identische „Pfandrecht an der eigenen Schuld", d. i. ein Pfandrecht an einer Forderung des Schuldners, die gegen den Gläubiger selber gerichtet ist[38]). Bei diesem erfolge die Verwertung auch durch Verfügung über die fremde Forderung und zwar durch Einziehung nach Maßgabe der §§ 1282, 1288 B.G.B. Doch bedürfe es hier zur Einziehung keiner Zahlung vom Drittschuldner an den Pfandgläubiger, weil diese beiden identisch seien. Wie bei der Aufrechnung sei aber Nachricht von der Pfandbefriedigung an den Pfandschuldner erforderlich.

Aus der Analogie der Aufrechnung mit dem „Pfandrecht an der eigenen Schuld" sei auch die Wirksamkeit der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld herzuleiten.

Allerdings habe das Verwertungsrecht und seine Ausübung

---

[35]) Im Arch. f. b. Recht Bd. 21 S. 202.

[36]) eod. loc. S. 207 Zeile 6 und S. 208 Zeile 1.

[37]) A. a. O. S. 208.

[38]) A. a. O. S. 209, 211.

durch Zwangsverfügung beim Pfandrecht außer einem Anspruch mit Verwertungskraft auch die Verwertbarkeit des Objekts, insbesondere dessen Existenz, zur Voraussetzung[38a]). Diese Erfordernisse seien aber nicht an die einzelne Vollstreckungshandlung zu stellen. Hier sei nämlich zwischen drei Stadien der Zwangsdurchführung zu unterscheiden:

1. dem zwangsweisen Eingriff in das fremde Vermögen;
2. der Bereicherung des Zwangsberechtigten;
3. seiner dadurch bewirkten Befriedigung[39]).

Zu dem zwangsweisen Eingriffe sei allerdings ein verwertbares (existierendes) Objekt erforderlich. Dagegen sei die Bereicherung und die dadurch bewirkte Befriedigung von der Gültigkeit der Verwertungsbefugnis nur zum Teil abhängig. Es sei denkbar, daß der Pfandgläubiger auf die nichtige Veräußerung der Pfandsache oder auf die nichtige Einziehung der Forderung hin etwas einnehme. Diese Einnahme und damit im Zusammenhang die Befriedigung vollziehe sich auch hier unter Umständen wirksam. Werde nämlich ein Faustpfand unrechtmäßig verkauft (wenn es z. B. einem andern als dem Schuldner gehört), so erwerbe nach richtiger Auslegung des § 1247 B.G.B. der Verkäufer das Eigentum am Erlöse, soweit dieser zu seiner Befriedigung gebühre, und werde gleichzeitig die Forderung des Pfandgläubigers berichtigt. Ebenso wie nun bei Verwertung eines Faustpfandes durch Verkauf der Mangel der Verwertbarkeit den Erwerb am Erlöse, d. h. eine Bereicherung des Pfandgläubigers und damit seine Befriedigung nicht hindere, hindere dieser Umstand auch nicht die Bereicherung und Befriedigung des Pfandgläubigers, der eine Pfandforderung durch Einziehung verwerte, nur daß hier an Stelle des Verkaufserlöses die vom Drittschuldner eingezogene Leistung trete[40]) und beim „Pfandrecht an der eigenen Schuld" wegen Identität des Drittschuldners und Pfandgläubigers eine effektive Leistung (Zahlung) sich erübrige.

Wie beim „Pfandrecht an der eigenen Schuld" sei nun auch bei der Aufrechnung die Verwertbarkeit des Objekts und damit auch die Existenz der Gegenforderung (ferner das Erfordernis der Gegen-

---

[38a]) A. a. O. S. 211.
[39]) A. a. O. S. 212.
[40]) A. a. O. S. 217.

seitigkeit und Gleichartigkeit) entbehrlich[41]) und eine Zahlung an sich selbst überflüssig. Die aufgerechnete Forderung gehe daher durch Aufrechnungserklärung allein unter. —

Die Leonhardsche Beweisführung geht von falschen Voraussetzungen aus und enthält eine Reihe von Fehlschlüssen.

Es wird sich allerdings nichts dagegen einwenden lassen, daß Leonhard die Aufrechnung als ein Zwangsrecht und zwar als ein Zwangsverwertungsrecht betrachtet. Man wird ihm aber nicht darin beitreten können, daß das Recht zur Aufrechnung als ein dem „Pfandrechte an der eigenen Schuld" analoges Gebilde anzusehen ist, aus welchem für die Aufrechnung Analogieschlüsse gezogen werden könnten. Das „Pfandrecht an der eigenen Schuld" ist seiner Natur nach ein Sicherungsrecht und nicht ein Zwangsverwertungs- oder Befriedigungsrecht wie die Aufrechnung. Zu dem letzteren entwickelt sich das „Pfandrecht an der eigenen Schuld" erst dann, wenn die Forderung, die durch das Pfandrecht an der Verwertungs-(Pfand-)Forderung gesichert war, ganz oder zum Teil fällig ist (§§ 1282, 1228 Abs. 2 BGB.). Die Verwertungsforderung ist schon vor der Einziehung und zwar beim Vertragspfand schon vor der Fälligkeit der gesicherten Forderung mit einem Pfandrecht belastet. Dies trifft keineswegs entsprechend auf die Aufrechnung zu. Hier kann der Aufrechnungsgegner bis zur Fälligkeit der Aktivforderung und nicht nur dies, sondern sogar bis zur Aufrechnung über die Passivforderung frei verfügen. Bis zur Aufrechnungserklärung stehen sich die Forderungen, wie im 2. Abschnitt bereits ausgeführt wurde, völlig unberührt gegenüber[42]). Die Ausübung der Zwangsverwertungsbefugnis beruht also beim „Pfandrecht an der eigenen Schuld" auf ganz anderen Voraussetzungen als bei der Aufrechnung. Aus den Voraussetzungen der ersteren auf die der letzteren Analogieschlüsse zu ziehen, wird deshalb den größten Bedenken unterliegen. Tut man dies aber, wie es Leonhard will, so folgt daraus für das Beweisthema keineswegs das, was Leonhard dadurch erweisen will. Wenn nämlich Leonhard meint, bei der Ausübung des „Pfandrechts an der eigenen Schuld" spiele die Nichtverwertbarkeit des Objekts, insbesondere dessen Nichtexistenz keine Rolle, so ist das ein Irrtum.

---

41) A. a. O. S. 218.

42) Dies nimmt bekanntlich Fr. Leonhard auch an.

Leonhard schwebt offenbar bei seinen Beispielen aus dem Pfandrecht an Sachen und Forderungen immer nur der eine Fall vor, daß jemand durch Verkauf eines dem Pfandschuldner nicht gehörenden Gegenstands oder durch Einziehung einer dem Pfandschuldner nicht gehörenden Forderung von dem Pfandkäufer bzw. dem Drittschuldner, d. h. allemal von einem Dritten, eine Leistung empfängt, durch die er bereichert und deswegen für seine Forderung befriedigt wird. Ob die Folgerungen aus einer solchen Bereicherung des Pfandgläubigers auf seine Befriedigung richtig sind, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls erhält der Pfandgläubiger dabei immer doch eine Leistung, nur daß nicht dem Pfandschuldner, sondern einem Dritten der Leistungsanspruch gehörte, der Pfandgläubiger also an sich kein Recht hat, sich aus der dem Pfandschuldner nicht zukommenden Leistung zu befriedigen. Bei der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld ist aber überhaupt kein verwertbares Objekt vorhanden, da das Objekt eine Nichtschuld ist. Daher empfängt der aufrechnende Teil von dem Dritten keine Leistung, die zu seiner Befriedigung führen könnte. Eine Einnahme oder ein „Erlös" im Sinne des § 1247 BGB. erfolgt gar nicht. Daher sind auch alle Schlüsse, die von dieser angeblichen „Bereicherung" auf eine „Befriedigung" gezogen werden könnten, müßig. Dieses Ergebnis stimmt mit der Erfahrung jedes Laien überein. Man kann sich nicht für eine Forderung befriedigen, wenn der Schuldner nichts hat, was zur Befriedigung geeignet ist. Warum dies bei der Aufrechnung anders sein sollte, ist nicht einzusehen.

Die Leonhardsche Lehre kann deshalb zum Beweise der Wirksamkeit der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld nicht Verwendung finden.

§ 3. Kohlers Anweisungstheorie.

In eigenartiger Weise hat Kohler die Wirksamkeit der zivilistischen[43]) Aufrechnung gegen eine Nichtschuld zu begründen versucht. Er behauptet zwar, daß sie so unbedingt wie eine Zahlung wirke[44]). Die

[43]) Über den Kohlerschen Unterschied zwischen zivilistischer und prozessualer Aufrechnung vgl. Not. 12. Die prozessuale Aufrechnung soll nach Kohler dadurch bedingt sein, daß sie zur Tilgung eines zuerkannten Klageanspruchs prozessualisch nötig ist, soweit das nicht der Fall ist, demgemäß die Forderung des Beklagten unberührt lassen (Kohler bei Busch Bd. 24 S. 18 ff.). Näheres im 7. Abschnitt.

[44]) Busch Bd. 24 S. 20.

Begründung ihrer Wirksamkeit erfolgt aber nicht etwa aus der Parallele der Aufrechnung mit der Zahlung, sondern mit der Anweisung[45]. Nach seiner Definition[46] ist die Aufrechnung eine von einem wirklichen oder vermeintlichen Schuldner (B.) an seinen wirklichen oder vermeintlichen Gläubiger (A.) gerichtete, mit Rücksicht auf eine Gegenforderung des (B.) gegen (A.) erfolgende Anweisung, die dahin geht, daß der Gläubiger (A.) das, was er dem Schuldner (B.) schuldet, statt an diesen an sich selbst zahlen soll, kurz gesagt, eine Anweisung zur Selbstzahlung. Da nun die Leistung des Angewiesenen an den Anweisungsempfänger den ersteren auch dann befreit, wenn dem Anweisungsempfänger gegenüber dem Anweisenden eine Forderung nicht zusteht, so folgert Kohler daraus, daß auch der Aufrechnungsgegner von seiner Schuld gegen den Aufrechnenden dann befreit wird, wenn der Aufrechnungsgegner gegen den Aufrechnenden keine Forderung besitzt[47].

Die Schlüsse, die Kohler aus dem Wesen der Aufrechnung als Anweisung zur Selbstzahlung gezogen hat, sind abzulehnen, wenn ihre Voraussetzung, die Konstruktion der Rechtsnatur der Aufrechnung, unrichtig ist.

Selbst wenn man davon absieht, daß die Anweisung ein Formalgeschäft ist, das nach § 783 BGB. der Schriftform bedarf, während die Aufrechnung formlos gültig ist, zwingen Wesensverschiedenheiten zwischen Anweisung und Aufrechnung zur Ablehnung der Kohlerschen Konstruktion. Nach § 787 Abs. 1 BGB. wird der Angewiesene im Fall der Anweisung auf Schuld durch die Leistung an den Anweisungsempfänger (in deren Höhe) von seiner Schuld befreit. Bei der Aufrechnung tritt die Tilgung der Aktivforderung schon durch das Zugehen der bloßen Erklärung ein. Zur Tilgungswirkung bei der Aufrechnung bedarf es deshalb nicht wie bei der Anweisung noch außerdem des Rechtsakts der Leistung. Nun

---

45) Vgl. Kohler a. a. O., ferner in der Encyklopädie der Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 670 und im „Lehrbuch d. bürg. R." Bd. 2 S. 184, 210.

46) Vgl. Encycl. d. Rechtw. Bd. 1 S. 670, Lehrb. d. b. Rechts II S. 208. Terminologisch ist die Definition wenig empfehlenswert, wenn Kohler davon redet, daß der Schuldner den Gläubiger anweise. Die Selbstzahlung nimmt doch der Gegner als Schuldner vor. Als Gläubiger ist er nur beim Empfang beteiligt.

47) Vgl. Kohler bei Busch Bd. 24 S. 20.

meint Kohler, daß bei der Anweisung zur Selbstzahlung diese Leistung fortfalle, weil eine Selbstzahlung nicht vorgenommen zu werden brauche. In der Literatur hat man sich gegen den Begriff der Selbstzahlung gewendet[48]). Auch wenn man diesen Begriff anerkennt, wird man nie einen äußerlich erkennbaren und kontrollierbaren Vorgang, einen Leistungsakt, für entbehrlich halten können, denn wo das reale Hin- und Hergeben ausgeschaltet ist, muß sich der rechtliche Vorgang auf andere Weise nach außen hin kenntlich machen[49]).

Ein anderer Wesensunterschied zwischen der Aufrechnung und Anweisung liegt darin, daß die Aufrechnung gegen den Willen des anderen Teils erfolgen kann, während bei der Anweisung, auch der zur Selbstzahlung, der Angewiesene nach § 787 Abs. 2 BGB. nicht schon deshalb zur Annahme verpflichtet ist, weil er Schuldner des Anweisenden ist. Wenn Kohler nun meint, daß das Recht hier eine Annahmepflicht für den Aufrechnungsgegner deswegen konstruiert habe, weil „eine Zahlung an sich selbst das Zahlungsgeschäft nur erleichtere und nicht wohl eine Erschwerung mit sich bringe"[50]), so kann dem nicht beigetreten werden. Für den Aufrechnungsgegner wird in vielen Fällen eine Erschwerung festzustellen sein. Sehr oft wird bei ihm das Interesse an Realbefriedigung das Interesse an Zahlungserleichterung übersteigen. Kohler selbst gibt an anderem Ort [51]) zu, daß „die Situation des Aufrechnungsgegners als Gläubigers geschmälert würde, weil das Zahlensollen dem Zahlen nicht gleich stehe". Wenn Kohler neuerdings betont, daß die Annahmeverpflichtung den Regeln des Verkehrs[52]) entspräche, so kann das auch nicht entscheidend sein, weil der Verkehr, wie Kohler selber ausführt, in vielen Fällen das größte Interesse daran hat, die Aufrechnung vertraglich auszuschließen.

Wollte man aber auch annehmen, daß der Aufrechnungsgegner zur Annahme der Anweisung verpflichtet ist, so könnte doch die Ausführung dieser Pflicht wieder nur durch einen selbständigen Willens-

---

48) Vgl. Liebknecht a. a. O. S. 106.

49) Vgl. Örtmann „Aufrechnung und Anweisung" im „Recht" 1905 S. 35.

50) In Busch Bd. 24 S. 3.

51) Bei Busch Bd. 24 S. 4.

52) Encycl. d. R. Bd. 1 S. 670.

akt erfolgen[53]). Die Aufrechnung ist jedoch bereits vollzogen, bevor der Gegner den Annahmewillen bilden kann.

Wie in allem übrigen, so sind auch in den Wirkungen Aufrechnung und Anweisung zur Selbstzahlung verschieden. So läßt sich die Rückwirkung bei der Aufrechnung mit der Zahlung bei der Anweisung nicht in Einklang bringen. Danach bestehen weitgehende Unterschiede zwischen beiden Rechtsinstituten. Der konstruktive Wert der Kohlerschen Definition wird am besten dadurch beleuchtet, daß ebenso wie die Aufrechnung der Erlaß eine Anweisung zur Selbstzahlung genannt werden kann[54]).

Die Kohlersche Erklärung für die Rechtsnatur der Aufrechnung ist deshalb allgemein in der Literatur, auch von den übrigen Gegnern unserer Lehre, abgelehnt worden[55]). Sie vermag es daher nicht, uns von der Wirksamkeit der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld zu überzeugen.

§ 4. Stölzels Anerkenntnistheorie.

Auch Stölzel ist auf der Seite unserer Gegner zu finden. In seinem Werk über die „Eventualaufrechnung"[56]) setzt Stölzel auseinander, daß durch vorbehaltslose Aufrechnung gegen eine Nichtschuld die aufgerechnete Forderung erlischt, „weil ihre Hingabe mit der Anerkennung der Forderung des Gegners verbunden sei"[57]). Solle diese Wirkung vermieden werden, so müsse die Anerkennung durch einen Vorbehalt (im Prozeß durch „Eventualaufrechnung) ausgeschlossen werden.

Stölzel dient seine Theorie zum Beweise der Zulässigkeit der Eventualaufrechnung[58]), indem er richtig davon ausgeht, daß die Eventualaufrechnung keine bedingte Aufrechnung sei[59]). Er weist aber dem Schuldanerkenntnis dabei eine falsche Rolle zu. Nicht weil die Schuldanerkennung fehlt, bleibt die Gegenforderung im Fall

---

[53]) Vgl. Leonhard im Arch. f. b. R. Bd. 21 S. 207.

[54]) Vgl. Reinhold a. a. O. S. 52.

[55]) Vgl. Leonhard a. a. O. S. 207.

[56]) „Schulung für die zivilistische Praxis" Bd. 2 (1. Aufl. 1897, 4. Aufl. 1906; letztere wird nur zitiert). S. 307 ff.

[57]) ibid. loc.

[58]) Weiterhin zum Beweise seiner „Klageabweisungstheorie". Darauf näher einzugehen, würde den Rahmen dieser Arbeit überschreiten.

[59]) Darüber näheres im 7. Abschnitt.

der Nichtanerkennung der Klageforderung durch den Richter unberührt, sondern weil dann gegen eine Nichtschuld aufgerechnet worden ist. Doch wäre es eine petitio principii, wollte man das zur Widerlegung der Stölzelschen Theorie benutzen.

Der Fehler derselben ist, daß sie das Zustandekommen der Leistung, d. i. die Tilgung der Aktivforderung, mit der von ihr unabhängigen Schuldanerkennung in Zusammenhang bringt.

Man kann sehr wohl leisten, ohne die Schuld anzuerkennen. Andererseits braucht in der Hingabe eines Gegenstands noch keineswegs eine Leistung deswegen zu liegen, weil sie mit einer Schuldanerkennung verbunden ist. Dies sollen einige Beispiele beleuchten:

Ich erlasse vertraglich die Schuld eines andern, lasse meine Hypothekenforderung auf einem Grundstück löschen wegen einer angeblichen Verpflichtung, die ich aber bestreite. Wer wird zweifeln, daß darin gültige Leistungen liegen, durch die der andere bereichert ist (meine Forderung also untergegangen ist)?

Andererseits: Eine Gesellschaft verpflichtet sich, den Panamakanal zu bauen. Die Durchführung der Arbeiten erweist sich aber als unmöglich. — Man verpflichtet sich, sein Grundstück aufzulassen. Die Auflassung wird aber vom Grundbuchamt verweigert, weil der Auflassende zu Unrecht als Eigentümer eingetragen ist. Auch hier ist unzweifelhaft, daß eine Leistung nicht schon deswegen zustande gekommen ist, weil in dem Verhalten des Schuldners eine Schuldanerkennung gelegen hat.

Die Schuldanerkennung (das deklaratorische Schuldanerkenntnis) gehört überhaupt nicht notwendig zur Leistung solvendi causa. Eine Bedeutung kommt ihr nur zu für die Rückforderung der Leistung. Viele, darunter auch Stölzel, nehmen nämlich an, daß, wer unter Vorbehalt (d. h. ohne Schuldanerkennung) leistet, bei der Rückforderung der Leistung nicht zu beweisen brauche, daß er auf eine Nichtschuld geleistet habe, sondern daß der andere den Beweis für seine Forderung wie vor der Leistung führen müsse[60]). Wenn somit auch das deklaratorische Anerkenntnis für die Beweislast im

---

[60]) Ob der Gläubiger eine solche Leistung ohne Schuldanerkennung als Erfüllung hinnehmen muß, ist eine Frage, die nicht hierher gehört. Dagegen mit Recht die überwiegende Meinung vgl. Örtmann „Recht der Schuldv.“ Not. 6 zu § 362 BGB.

Prozeß eine Rolle spielt, so steht andererseits fest, daß nur die Klage aus der ungerechtfertigten Bereicherung angestrengt werden kann, damit sich diese Änderung in der Beweislast vollziehe. Diese Klage setzt aber eine gültige Leistung d. h. Forderungsuntergang voraus.

Das alles erkennt Stölzel auch bei der von ihm der Aufrechnung gänzlich analog behandelten Zahlung[61]) an. Daß hier zur Leistung d. h. zur Eigentumsübertragung an den Zahlungsmitteln weiter nichts als Einigung und traditio erforderlich ist, kann auch Stölzel nicht gut bestreiten. Deshalb gewährt wohl Stölzel auch demjenigen, der ohne Schuldenerkennung gezahlt hat (sog. Vorbehalts- oder Eventualzahlung) eine Kondiktion und zwar im Gegensatz zur condictio indebiti, wo der Kläger die Nichtschuld beweisen müßte, eine condictio sine causa, deren Besonderheit darin liegt, daß der Zahlungsempfänger den Beweis für seine Forderung zu führen hat[62]). Wäre hier eine gültige Eigentumsübertragumg nach Stölzels Meinung nicht zustande gekommen, dann hätte er dafür nicht eine Kondiktion, sondern eine Besitz- bzw. Eigentumsherausgabeklage wegen der sich unrechtmäßig in fremdem Gewahrsam befindlichen Zahlungsmittel normiert. Um so befremdlicher muß es wirken, daß Stölzel dem unter Vorbehalt Aufrechnenden nicht ebenfalls eine Kondiktion auf Wiederherstellung der Forderung, sondern die Klage aus der Forderung selber gewähren will[63]).

Die Schuldanerkennung, die Stölzel für das Entscheidende bei der Tilgung der Aktivforderung hält, würde nur dann von Bedeutung sein, wenn sie im Wege des Vertrages und schriftlich geschähe, wenn es sich daher nicht um ein deklaratorisches, sondern um ein schuldbegründendes (konstitutives) Anerkenntnis handelte. Das kann aber bei der Einseitigkeit und Formlosigkeit der Aufrechnung nicht in Frage kommen.

Die einseitige ausdrückliche Anerkennung ist nach dem Gesagten ebenfalls ohne Einfluß. Rudolf Leonhard[64]) hat die Notwendigkeit einer ausdrücklichen Anerkennungserklärung darauf gestützt,

---

[61]) Aufrechnung ist nach Stölzel „ideelle" Zahlung, Zahlung mit — bezw. durch Hingabe — einer Forderung a. a. O. S. 5 und § 13.

[62]) S. 337 loc. cit.

[63]) S. 339 loc. cit.

[64]) In Ecks „Vorträgen über das BGB." Bd. 1 S. 370 Not. 3.

daß ohne eine solche ein Verzicht auf die eigene Forderung nicht zu vermuten sei. Auch, wenn derselbe aber zu vermuten ist, kann er jedenfalls dann keine Wirkungen haben, wenn er wie hier einseitig ist (§ 397 BGB.) [65].

Fünfter Abschnitt.

Die Aufrechnung gegen eine Nichtschuld ist keine Aufrechnung.

Wenn im Vorangegangenen der Nachweis geführt worden ist, daß die Begründung der Gegner nicht geeignet ist, die von ihnen vertretene Lehre zu stützen, so soll nunmehr die hier verteidigte Lehre positiv begründet werden.

Die Wirkung, die die Gegner der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld zuschreiben, nämlich das Erlöschen der aufgerechneten Forderung, könnte auf zweierlei Weise erklärt werden, einmal damit, daß die Aufrechnung begrifflich nur eine Forderung voraussetze, dann hätten wir es mit einer Aufrechnungswirkung zu tun, andermal damit, daß in der Aufrechnungserklärung eine wirksame Tilgungsverfügung über die Forderung enthalten sei, dann wäre das Erlöschen der Forderung eine Verfügungswirkung.

Es soll zunächst geprüft werden, ob die Aufrechnung gegen eine Nichtschuld Aufrechnung ist, d. h. ob diese nicht die Existenz der Gegenforderung zur begrifflichen (essentiellen) Voraussetzung hat. Den Wegweiser hierfür müssen in erster Linie die gesetzlichen Bestimmungen über die Aufrechnungen bilden.

A. Nach den gesetzlichen Bestimmungen über die Aufrechnung.

Der § 387 BGB., der die allgemeinen Voraussetzungen der Aufrechnung aufzählt, lautet:

> Schulden zwei Personen einander Leistungen, die ihrem Gegenstande nach gleichartig sind, so kann jeder Teil aufrechnen, sobald er die ihm gebührende Leistung fordern und die ihm obliegende Leistung bewirken kann.

---

[65]) Das wird im 5. Abschnitt nachgewiesen werden.

Die Aufrechnungsbefugnis wird hier offensichtlich von dem Bestande zweier Forderungen abhängig gemacht.

Nach § 389 BGB. bewirkt die Aufrechnung,

> daß die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind.

Ein solches gleichzeitiges Erlöschen wäre aber unmöglich und gesetzlich auch nicht zu fingieren, wenn in diesem Zeitpunkt nur eine Forderung bestanden hat. Auch die in demselben Paragraphen angeordnete Rückwirkung, findet naturgemäß ihre Erklärung nur darin, daß zwei Forderungen vorausgesetzt werden.

Nun scheint im § 357 BGB. das Gesetz einen Fall der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld zugelassen zu haben: So wird auch in der Literatur vielfach behauptet, daß dieser Paragraph eine Bestätigung der gegnerischen Meinung enthalte[66]). Selbst Anhänger unserer Lehre nehmen an, daß in dieser Vorschrift eine Ausnahme von der allgemeinen Regel zu erblicken sei.[67]) § 357 BGB. lautet:

> Hat sich der eine Teil den Rücktritt für den Fall vorbehalten, daß der andere Teil seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, so ist der Rücktritt unwirksam, wenn der andere Teil sich von der Verbindlichkeit durch Aufrechnung befreien konnte und unverzüglich nach dem Rücktritt die Aufrechnung erklärt.

An sich würde hier die Aufrechnung gegenüber einer Nichtschuld erfolgen, da die Passivforderung durch die Rücktrittserklärung ipso iure erloschen ist (§§ 346 ff. BGB.).

Dem trägt aber das Gesetz auf doppelte Weise Rechnung, einmal dadurch, daß es die Aufrechnung nur für zulässig erklärt, wenn sie unverzüglich nach dem Rücktritt erklärt wird, und ferner damit, daß das Gesetz in diesem Fall nicht die Aufrechnung für wirksam, sondern den Rücktritt für unwirksam erklärt. Indem das Gesetz den Rücktritt als unwirksam fingiert, und so die schon erloschene Forderung zum Wiederaufleben bringt, erkennt es gerade an, daß eine Aufrechnung erst dann rechtswirksam vorgenommen werden kann, wenn der Forderung die Gegenforderung wieder gegenübersteht.

---

[66]) Vgl. Leonhard im Arch. Bd. 21 S. 201.

[67]) Vgl. Planck II Not. 1b zu § 387 BGB.

Die Durchbrechung der gesetzlichen Regel, daß eine erloschene Forderung nicht wieder aufleben kann, geschieht also zu dem Zweck für die bis dahin (mangels Gegenforderung) unzulässige Aufrechnung die ihr fehlende Voraussetzung zu schaffen. § 357 BGB. enthält somit eine Bestätigung unserer Lehre.

Zu Unrecht ist in den Streit eine andere Gesetzesstelle hineingezogen worden, die einen Fall der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld überhaupt nicht darstellt.

Nach § 554 BGB. ist die sofortige Kündigung des Vermieters im Fall der Nichtentrichtung des Mietzinses an zwei aufeinanderfolgenden Terminen unwirksam, wenn der Mieter unverzüglich aufrechnet. Dies ist von einzelnen als Ausnahme von der Unwirksamkeit der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld angesehen worden[68]. Das ist unrichtig. Durch die Kündigung erlischt die Mietschuld keineswegs. Der Mieter rechnet also, gleichgültig, ob die Kündigung bestehen bleibt oder nicht, gegen eine Schuld auf. Der Zweck der Vorschrift ist lediglich der, dem Mieter Gelegenheit zu geben, durch unverzügliche Aufrechnung gegen die Mietschuld die Exmissionswirkungen zu beseitigen, die das Bestehenbleiben der (sofortigen) Kündigung für ihn zur Folge haben würde.

Es wird endlich die Frage zu erörtern sein, ob die Aufrechnung gegen eine nicht existente Gegenforderung eine gültige Aufrechnung deswegen genannt werden muß, weil die Aufrechnung gegen eine mit einer dauernden Einrede behaftete Forderung zulässig ist[69]. Diesem Umstand haben die Gegner eine besondere Bedeutung beigemessen[70], indem sie behaupten, zwischen einer Nichtschuld und einer mit einer dauernden Einrede behafteten Forderung sei oft kaum ein sachlicher Unterschied vorhanden, da nach § 813 BGB. die auf eine solche Forderung erfolgte Leistung im allgemeinen zurückgefordert werden könne. Demgegenüber muß daran festgehalten werden, daß auch eine mit einer dauernden Einrede behaftete Forderung vollwirksame Forderung ist. Die Möglichkeit eines Versäumnisurteils zu ihren Gunsten ist Beweis genug, daß darin nicht

---

[68]) Vgl. Planck Not. 1b zu § 387 BGB. Dagegen richtig Leonhard im Arch. Bd. 21 S. 201.

[69]) Das ist als arg. e contr. aus § 390 BGB. zu folgern.

[70]) Vgl. Leonhard a. a. O. S. 171 und 201.

bloß eine spitzfindige juristische Distinktion liegt. Die Einrede stellt sich dar als ein Leistungsverweigerungsrecht, das den Bestand der Forderung an sich nicht berührt. Dies zeigt am klarsten der Umstand, daß auf die Einrede verzichtet werden kann und die Forderung dadurch ihre volle wirtschaftliche Reaktionsfähigkeit wieder erlangt. Handelte es sich nämlich um eine erloschene Forderung, so könnte sie durch Verzicht auf die Erlöschungstatsache nicht wieder aufleben[71]). Mag daher auch wirtschaftlich die mit einer dauernden Einrede behaftete Forderung wegen des Rückforderungs- und Leistungsverweigerungsrechts von geringem Werte sein, so kann sie rechtlich unzweifelhaft nicht in den Kreis der Nichtschulden gezogen werden. Die verschiedene rechtliche Behandlung, die das Gesetz der mit einer dauernden Einrede behafteten Forderung und der Nichtforderung allein in Bezug auf den Verzicht angedeihen läßt, macht eine verschiedene Behandlung bei der Aufrechnung durchaus verständlich.

Ist bisher der Nachweis gelungen, daß das Gesetz dort, wo es von Aufrechnung spricht, das Vorhandensein zweier Forderungen voraussetzt, so soll im folgenden geprüft werden, ob das Gesetz nicht selbst eine Aufrechnung da ausschließt, wo eine vorschriftsmäßige Gegenforderung nicht besteht.

Zum Beweise soll eine Konsequenz dienen, die unsere Gegner notwendig aus ihrer Lehre ziehen mußten. Da dieselben die Existenz der Gegenforderung nicht als Rechtsbedingung der Aufrechnung anerkennen wollen, so mußten sie auch weiterhin folgern, daß die Passivforderung überhaupt keine Rolle bei der Aufrechnung spiele, daß also das Erlöschen der Forderung des Aufrechnenden kraft der Aufrechnungsverfügung auch eintrete, wenn gegen eine Forderung aufgerechnet werde, die nicht gegen den Aufrechnenden, sondern gegen einen Dritten gerichtet ist, ferner wenn die Gegenforderung unpfändbar ist usw. Diese Folgerung haben auch Kohler[72]), Leonhard[73]) und Reinhold[74]) ausdrücklich gezogen. Damit stehen sie aber im Gegensatz zu dem Gesetz, das in solchen Fällen eine Aufrechnung ausschließt. Das gilt ohne weiteres von der Aufrechnung

---

[71]) Vgl. Staudinger Not. 1 der Vorbem. zu § 361 BGB.
[72]) Zeitschr. f. Zivilpr. Bd. 24 S. 20.
[73]) Im Arch. f. b. R. Bd. 21 S. 218.
[74]) A. a. O. S. 42 Anm. 2.

gegenüber gewissen nicht aufrechenbaren Forderungen (§ 393 ff. BGB.). Erklärt hier das Gesetz die Aufrechnung für unzulässig, so kann man nicht, ohne dem Gesetze Gewalt anzutun, dies dennoch zur Aufrechnung stempeln, weil „alle Voraussetzungen für die Verwertbarkeit für die Gültigkeit der Aufrechnung entbehrlich seien"[75]). Auch bei mangelnder Gegenseitigkeit der Forderungen würde zwischen der Theorie der Gegner und dem Gesetz ein klaffender Widerspruch entstehen. Nach § 267 BGB. kann man nämlich die Schuld eines Dritten zwar bezahlen, aber keineswegs durch Aufrechnung zum Erlöschen bringen. Das muß als unzweifelhaftes argumentum e contrario aus § 268 BGB. geschlossen werden, der dem Dritten die Aufrechnung nur in dem dort genannten Sonderfall gestattet. Nichtsdestoweniger nehmen die Gegner an, daß die Forderung des Aufrechnenden auch im Fall des § 267 BGB. untergehe[76]). Daß dies keine Aufrechnung sein kann, kann nicht zweifelhaft sein, denn diese will der Gesetzgeber im Falle des § 267 BGB. gerade ausschließen.

B. Nach der Eigenart der Aufrechnung.

Das Ergebnis, das wir aus dem Wortlaut der gesetzlichen Bestimmungen gewonnen haben, werden wir noch weiterhin durch den Nachweis sicher stellen müssen, daß die gegnerische Auffassung auch mit der Eigenart der Aufrechnung d. h. mit ihrer besonderen Regelung und den damit verfolgten rechtspolitischen Zwecken unvereinbar wäre. Wäre der Bestand der Gegenforderung, wie die Gegner behaupten, nicht Rechtsbedingung für die Gültigkeit der Aufrechnung, dann fehlte jeder Anhalt dafür, warum nach positiver Gesetzesvorschrift der Aufrechnende durch Aufrechnung nicht nur seine eigene, sondern auch die fremde Forderung zu tilgen befugt ist. Indem die Gegner das Schwergewicht der Aufrechnungswirkung darein legen, daß sie die Forderung des Aufrechnenden tilgt, vergessen sie, daß das nur ein gesetzlich erlaubtes Mittel ist, das dem Zwecke dient, die Forderung des Gegners dadurch zur Tilgung zu bringen. In dem Recht des Aufrechnenden, entgegen § 364 BGB. durch eine andere als die geschuldete Leistung die gegnerische Forderung zu tilgen, liegt eine viel bemerkenswertere Durchbrechung des Rechtssystems als darin,

---

75) Leonhard a. a. O. S. 218.

76) Dies betont ausdrücklich Reinhold a. a. O. S. 42 Anm. 2.

daß der Aufrechnende entgegen § 397 BGB. zu diesem Zwecke einseitig seine Forderung tilgen darf, denn dieses Prinzip ist, wie im nächsten Abschnitt gezeigt werden wird, mehrfach durchbrochen worden. Daher bedarf es einer besonderen Erklärung dafür, daß man gegen den Willen des anderen Teils an Erfüllungsstatt leisten darf. Diese liegt in der eigentümlichen Situation, die durch das Gegenübertreten zweier gleichartiger Forderungen entsteht.

Wollte man hier wechselseitige Leistungen verlangen, dann würde das für den zur Leistung verpflichteten Teil in erster Linie bedeutsame ökonomische Nachteile haben. Er müßte Leistungsmittel beschaffen und zum Gläubiger hinschaffen, die wieder zu ihm zurückgeschafft werden müssen. Hierdurch würden dem leistenden Teil unnütz Mühe, Kosten, Gefahren und Zeitverluste entstehen. Er müßte ferner eine Menge „Kapital" (im ökonomischen Sinne) seiner nutzbringenden Verwertung entziehen, um es zu diesem irrationellen Güteaustausch zu verwenden. Eine andere unbillige Folge, die nach den gewöhnlichen Vorschriften eintreten würde, läge darin, daß ein Gläubiger, der in seiner Eigenschaft als Schuldner eine Sicherheit für seine Forderung in Händen hat, zur Herausgabe der Sicherheit gezwungen werden könnte, um schließlich von seinem unvermögenden oder arglistigen Schuldner nichts oder nur die Konkursdivende wiederzusehen. Aus diesem ökonomischen und dem Sicherungszweck[77]) hat das Gesetz § 364 BGB. ausgeschaltet: das vitale Interesse, das oft der Aufrechnungsgegner an effektiver Leistung hat[78]), mußte dabei zum Opfer fallen, weil das Recht, dessen Aufgabe es ist, bei streitenden Interessen die überwiegenden zu schützen, mit Recht die des aufrechnenden Teils als ausschlaggebend erachtete. — Was nützte aber dem Schuldner sein Recht, statt effektiv, durch Schuldbefreiung den Gläubiger zu befriedigen, müßte der Gläubiger bei der anderweiten Leistung durch Schuldbefreiung gemäß § 397 B.G.B. mitwirken? Damit wäre der Gläubiger jederzeit in der Lage, die rechtspolitischen Zwecke des Gesetzgebers zu durchkreuzen. Deshalb hat das Gesetz hier dem aufrechnenden Teil die Befugnis eingeräumt,

---

[77]) Weigelin S. 22 ff. erkennt nur den Sicherungszweck an. Der ökonomische Zweck ist aber in den meisten Fällen die Triebfeder zur Aufrechnung.

[78]) Ein Schuldner will sich beispielsweise durch Zahlung vom drohenden Konkurse retten.

seine eigene Forderung zwecks Tilgung seiner Schuld zum Erlöschen zu bringen. Die Befugnis des Aufrechnenden seine Forderung einseitig zu tilgen, ist daher nur ein Korrelat zu dem Recht, mit ihr an Erfüllungsstatt zu leisten. Wo nun die Interessen des Schuldners nicht durch die eigentümliche Aufrechnungssituation gegeben sind, da fehlt für das Recht jeder rechtspolitische Grund, ihm die genannten Ausnahmebefugnisse und auch das Recht zur Tilgung seiner eigenen Forderung zu verleihen.

Danach kann die Aufrechnung gegen eine Nichtschuld nicht Aufrechnung sein, denn ihr mangelt die eigenartige Aufrechnungslage, in der der Gesetzgeber ausnahmsweise die einseitige Tilgungsbefugnis gewähren wollte.

Ist die Aufrechnung gegen eine Nichtschuld aber nicht Aufrechnung, dann kann auch nicht das Erlöschen der aufgerechneten Forderung wie die Mehrzahl der Gegern es will, als Folge einer gültigen Aufrechnung bezeichnet werden.

Sechster Abschnitt.

Die Aufrechnung gegen eine Nichtschuld enthält keine wirksame Tilgungsverfügung.

Wenn das Erlöschen der gegen eine Nichtschuld aufgerechneten Forderung auch nicht als Wirkung einer gültigen Aufrechnung eintreten kann, dann bleibt immer noch zu erwägen, ob es nicht durch die in der Aufrechnungserklärung liegende rechtsgeschäftliche Tilgungsverfügung herbeigeführt wird. Wäre eine solche Verfügung wirksam, dann läge[79]) in ihrer Wirkung, dem Erlöschen der Forderung, eine Leistung an den andern Teil, d. h. eine Bereicherung, die sich „durch Herbeiführung eines juristischen Vorgangs"[80]) vollzieht.

Man wird nun vielleicht einwenden, wer aufrechne ohne Kenntnis davon, daß er nichts schuldig sei, der verfolge nur den Zweck, seine

---

[79]) Worauf bereits früher hingewiesen wurde.

[80]) oder „durch das Mittel eines rechtsgeschäftlichen Tatbestands", ein dare im Gegensatz zum facere der Leistung durch naturale (positive) Tätigkeit (Dienste, Vermittlertätigkeit usw.). Vgl. Schöninger „Die Leistungsgeschäfte des bürgerlichen Rechts" (1906) S. 16 und S. 65—77, Staudinger Not. 4 zu § 241 BGB.

Forderung dann zu tilgen, wenn die Gegenforderung bestehe, ja man wird vielleicht weitergehen und behaupten, er erhebe den Tilgungszweck (die causa solvendi) zur Bedingung für seine Leistung. Wir haben schon bei der Widerlegung der Stölzelschen Theorie darauf hingewiesen, daß die Zweckbestimmung (der rechtliche Grund, die causa) für das Zustandekommen einer Leistung unerheblich ist, daß sie vielmehr bloß eine Rolle für die Rückforderung der Leistung spielt (§§ 812 ff. B.G.B.)[81]). Nun hat allerdings der Rechtszweck für Leistungen, die „durch das Mittel rechtsgeschäftlicher Tatbestände" zustande kommen, dann Bedeutung, wenn seine Erreichung zur Bedingung des Zustandekommens der Leistung gemacht worden ist. Man kann beispielsweise eine Forderung unter der Bedingung erlassen, daß dadurch eine Schuld getilgt wird, und auf diesem Wege (z. B. durch Vorbehalt) den Bestimmungs- oder Rechtsgrund (die causa) zur Bedingung für die Rechtsbeständigkeit des Erlasses machen[82]). Eine solche Bedingung ist aber in der bloßen Aufrechnungserklärung noch nicht zu erblicken. „Ich rechne auf" heißt nicht, „ich tilge meine Forderung unter der Bedingung, daß die Gegenforderung besteht!" Die Erklärung manifestiert vielmehr bloß den Willen, zwei Forderungen, und zwar die eigene um der fremden willen, zu tilgen. Damit tut man allerdings den Zweck der Leistung (Tilgung der eigenen Forderung) kund. Dessen Erklärung hindert aber, wie erwähnt, nicht das Zustandekommen der Leistung.

Die Entscheidung in unserem Falle läuft also allein auf die Vorfrage zurück, ob man in der Lage ist, durch rechtsgeschäftliche Verfügung seine eigene Forderung zu tilgen und auf diese Weise an den Gegner zu leisten.

Da bei einer rechtswirksamen Aufrechnung der Aufrechnende die Befugnis hat, durch seine Verfügung zwei Forderungen, die eigene und die fremde Forderung zu tilgen, so liegt an sich der Schluß (a maiore ad minus) nahe, daß er auch befugt sein müßte, seine eigene Forderung durch Verfügung allein zum Untergang zu bringen. Wir haben aber schon im vorigen Abschnitt dargetan, daß der Gesetzgeber nur zur Verwirklichung des Aufrechnungszwecks dem Schuldner

---

[81]) Ein analoger Fall wie der hier behandelte wäre die auf eine Nichtschuld erfolgte Hinterlegung unter Verzicht auf das Rücknahmerecht (§§ 376 Abs. 2 Nr. 1, 378 BGB.)

[82]) Vgl. Staudinger Not. 1 zu § 397 BGB.

das Mittel gewährt hat, seine eigene Forderung einseitig zu tilgen. Da Aufrechnung gegen eine Nichtschuld aber, wie bereits erwiesen, nicht Aufrechnung ist, so können wir aus der Aufrechnung auch nicht die einseitige Verfügungsbefugnis des Gläubigers herleiten.

Dagegen, daß der Gläubiger durch Verfügung seine Forderung aufheben könnte, spricht entscheidend die positive Vorschrift des § 397 B.G.B., der anordnet, daß das Schuldverhältnis erlischt, wenn der Gläubiger dem Schuldner durch Vertrag die Schuld erläßt. Dieser Regel würde es schnurstracks zuwiderlaufen, wenn der Gläubiger durch rechtsgeschäftliche Verfügung d. h. einseitig seine Forderung zum Erlöschen bringen könnte. Es hieße den einseitigen Erlaß durch eine Hintertür wieder in das Gesetz einführen, wollte man die Aufrechnung gegen eine Nichtschuld für zulässig halten. Wer einseitig erlassen wollte, könnte die Vertragsform leicht dadurch umgehen, daß er gegen eine Nchitschuld aufrechnete. Daß dies nach der gegnerischen Lehre möglich sei, hat Leonhard[83]) zu Unrecht zu leugnen versucht. Er stützt sich darauf, daß der Bestand der Gegenforderung zwar nicht Rechtsbedingung, wohl aber Voraussetzung für die Aufrechnung sei. Die Gültigkeit und Aufrechenbarkeit müsse also im Aufrechnungsgeschäft wenigstens vorausgesetzt werden. Fehle es darin auch in der Vorstellung, so sei das Geschäft nach § 117 B.G.B. nichtig, ebenso wie die verabredete Bezahlung einer Nichtschuld völlig wirkungslos sei. Der Sinn der Leonhardschen Voraussetzung ist rechtlich nicht ganz klar. Voraussetzung im Sinne von „Rechtsbedingung" soll es nicht sein. Die Lehre von den Partei-„Voraussetzungen" aber ist seit Windscheid längst abgestreift. An die Stelle der „Voraussetzung" ist der „Zweck" getreten. Meint Leonhard aber den Zweck, (die causa), dann ist schon im vorhergehenden dargelegt, daß es auf diesen beim Zustandekommen der Leistung, hier der Schuldbefreiung, nicht ankommt. Könnte also der Aufrechnende seine eigene Forderung nur einseitig tilgen, dann wäre es unerheblich, ob der Tilgende mit der Aufrechnungserklärung einen besonderen Zweck (causa) hervorhebt, der sich später als unzutreffend erweist. Als unrichtig aber muß es bezeichnet werden, wenn Leonhard ein Scheingeschäft dort erblickt, wo doch nur eine Mentalreservation, ein Dissens zwischen (Erlaß)-Willen und (Aufrechnungs)-Erklärung vorliegt. Sowohl die rechts-

[83]) Im Arch. f. b. R. Bd. 21 S. 174, 218, 219.

geschäftliche Verfügung wie die Aufrechnung sind vollzogen, ehe noch der Gegner Gelegenheit zu einer eigenen Willensbildung hat. Handelt es sich aber um eine bloße Mentalreservation, dann tritt Nichtigkeit nur in dem Ausnahmefall ein, wenn der andere Teil den Vorbehalt des Erklärenden kennt (§ 116 S. 2 BGB.)[84]. Die von Leonhard genannten Gesichtspunkte würden daher einer Umgehung der für den Erlaß vorgeschriebenen Vertragsform durch einseitige Verfügung nicht im Wege stehen. Diese Umgehung des Gesetzes kann aber nicht im Sinne des Gesetzgebers liegen.

Die Regelung des Erlasses als eines zweiseitigen Rechtsgeschäfts entspricht nicht nur dem Gesetzestext, sondern dem innersten Wesen des Rechtsinstituts.

Man könnte daran zweifeln, weil man auf gewisse dinglich gesicherte Forderungen einseitig durch Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt verzichten kann (vgl. § 1168 BGB.) und weil man die Erlaßwirkungen beim Schuldner auch dadurch herbeiführen kann, daß man einen andern an seiner Stelle die Schuld übernehmen läßt (und sie diesem ev. erläßt)[85]. Dadurch wird aber die allgemeine Regel nicht berührt, daß ein Schuldverhältnis prinzipiell nur durch Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner aufgehoben werden kann.

Nach den Materialien zum BGB. ist der Erlaß als Veräußerungsvertrag über das zu erlassende Recht gedacht[86]. Man wird ihn jedoch richtiger als vertraglichen Verzicht auffassen müssen, weil das Forderungsrecht durch den Erlaß nicht auf den Schuldner über-, sondern untergeht[87]. Den Erlaß hat der Gesetzgeber zum Vertrage ausgestaltet, weil „die Logik des Schuldverhältnisses" nicht durchbrochen werden sollte. Dem Begriff des Schuldverhältnisses, das zwischen Gläubiger und Schuldner ein Band (iuris vinculum) schlingt, widerstrebt der Untergang durch den Willen des Gläubigers allein[88]. Ebenso wie zur Begründung des Schuldverhältnisses in der Regel[89])

---

[84]) Vgl. Reinhold S. 57.

[85]) Die Bezahlung durch einen Dritten hat dagegen nur eine (gesetzliche) Zession, nicht ein Erlöschen der Forderung zur Folge, was Feder („Die rechtliche Natur der Aufrechnung außerhalb des Rechtsstreits" in Goldschmidts „Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht" Bd. 54 S. 490) verkennt.

[86]) Vgl. Mot. Bd. 2 S. 114.

[87]) Vgl. Schöninger a. a. O. S. 37.

[88]) vgl. Cohn „Erlaß und Verzicht" in Gruchots Beitr. Bd. 47 S. 229.

[89]) Eine Ausnahme bilden die Auslobung und die Kreation eines Inhaberpapiers.

ein Vertrag erforderlich ist (§ 305 BGB.), bedarf es auch zur Aufhebung des Schuldverhältnisses eines Vertrages. Es hieße der Willkür Tor und Tür öffnen, wollte man sich über diese grundsätzliche Bestimmung hinwegsetzen und auf rechtsgeschäftlichem Schleichweg eine Rechtswirkung herbeiführen, die man auf legalem Wege nicht erreichen kann.

Kann also ein Gläubiger nicht einseitig die Aufhebung seiner Forderung verfügen, so ist auch die Verfügung des gegen eine Nichtschuld aufrechnenden Gläubigers unwirksam.

Man wird diese Aufrechnung als einen Versuch „mit untauglichen Mitteln" charakterisieren müssen.

Siebenter Abschnitt.

Ist die Lehre von der Unwirksamkeit der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld praktisch brauchbar?

Die Gegner unserer Lehre haben sich viel darauf zugute getan, daß für die Praxis ihre Doktrin die einzig brauchbare sei, und darauf hingewiesen, daß die praktische Bedeutung ein Argument mehr für die Richtigkeit ihrer Lehre bilde. Das soll im folgenden widerlegt werden. Als vornehmste Wirkung ihrer Lehre erscheint den Gegnern der Umstand, daß der Kläger im Prozeß die Beweislast dafür hat, daß die Forderung des Beklagten, gegen welche er aufgerechnet hat, nicht bestanden hat.

Wie im ersten Abschnitt bereits dargestellt ist, muß nämlich nach der Lehre der Gegner derjenige, der gegen eine Nichtschuld aufgerechnet haben will und nun mit der condictio indebiti klagt, beweisen, daß der Beklagte gegen ihn eine Forderung nicht besessen habe, wärend er nach unserer Lehre seine Forderung ohne weiteres einklagen darf und der Beklagte grundsätzlich die Beweislast für die Voraussetzungen der Aufrechnung hat, und daher auch beweisen muß, daß die Gegenforderung, gegen die der Kläger aufgerechnet hat, gültig gewesen ist. Die Konsequenz, die aus unserer Lehre zu ziehen ist, erscheint den Gegnern deshalb so besonders unbillig, weil der Aufrechnungsgegner vielfach die Beweise für die Existenz seiner Gegenforderung, die Schuldurkunde u. dgl., nach vollzogener Auf-

rechnung zurückgebe oder vernichte[90]). Die praktische Bedeutung der aus beiden Lehren sich ergebenden Verschiedenheit in der Beweislast muß geleugnet werden.

Der Unterschied würde überhaupt aufgehoben sein, wenn man mit Liebknecht[91]) annähme, daß gegen den aufrechnenden Teil, der nach unserer Lehre seine Forderung einklagt, wegen des in der vorbehaltlosen Aufrechnungserklärung liegenden (deklaratorischen) Schuldanerkenntnisses eine Vermutung für die Existenz der Gegenforderung des anderen Teils spricht, derentwegen er selber beweisen müßte, daß die Gegenforderung trotzdem nicht bestanden hat. Man wird sich jedoch der Liebknechtschen Lehre nicht im vollen Umfang anschließen können. Daß in der vorbehaltslosen Aufrechnungserklärung ein (deklaratorisches) Anerkenntnis überhaupt nicht enthalten sei, ist allerdings zu Unrecht von Eccius[92]) behauptet worden. Ebenso wie in jeder vorbehaltslosen Zahlung oder in einem ähnlichen Verhalten muß auch in der vorbehaltslosen Aufrechnung ein tatsächliches (deklaratorisches) Anerkenntnis erblickt werden, soll nicht die Handlung des Aufrechnenden bzw. Zahlenden widersinnig erscheinen[93]). Es handelt sich dabei, wie schon früher erwähnt wurde, nicht etwa um ein schuldbegründendes (konstitutives) Anerkenntnis, das der Vertragsform entbehren würde (§ 781 BGB.), sondern um ein bloß feststellendes (deklaratorisches) Anerkenntnis, durch das man zu erkennen gibt, daß man eine Schuld als bestehend betrachtet. Ein solches deklaratorisches Anerkenntnis wird nur dort nicht unterstellt werden dürfen, wo der Anerkennende zwar den die Anerkennung ergebenden Akt (Aufrechnung, Zahlung) vollzieht, dabei aber zugleich durch einen Vorbehalt gegen die Anerkennungswirkung Verwahrung einlegt[94]) oder wo die Erklärung unter Zwang z. B. gegenüber einer

---

[90]) Vgl. Leonhard a. a. O. S. 220, Weißmann a. a. O. S. 28, Schlichting S. 43, Reinhold S. 32—39.

[91]) a. a. O. S. 128 ff. S. 130 ff.

[92]) „Die eventuelle Aufrechnung" in Gruchot Beitr. Bd. 42 S. 35 ff., gegen ihn vgl. Stölzel „Zur Verständigung über die Eventualaufrechnung" in Buschs Zeitschr. f. Zivilpr. Bd. 24 S. 101.

[93]) vgl. Leonhard S. 205

[94]) vgl. Stölzel bei Busch Bd. 24 S. 101. Wegen der Annahmeverpflichtung vgl. Not. 60.

vorläufig vollstreckbaren Forderung oder im Zwangsverfahren bei Eintreibung von Stempeln usw. abgegeben wird.

Liegt danach auch in den gewöhnlichen Fällen vorbehaltsloser Aufrechnung ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis, so ist mit Liebknecht daraus noch nicht zu schließen, daß hierdurch eine Rechtsvermutung für den Bestand der Gegenforderung begründet werde. Diese Schlußfolgerung ist von Reinhold[95]) in durchaus beachtenswerten Ausführungen bekämpft worden. Reinhold mißt aber der in der vorbehaltslosen Aufrechnung liegenden tatsächlichen Beweiswirkung eine zu geringe Bedeutung bei. Eine Parallele finden wir im Wesen der Quittung, die ebenfalls trotz der in ihr liegenden Anerkennung nach moderner Auffassung nur ein Beweismittel ist, das durch Gegenbeweis entkräftet werden kann. Ebenso wie das Gericht regelmäßig die Quittung als genügenden Beweis dafür erachten wird, daß der Gläubiger die geschuldete Leistung empfangen hat und nur dem Gegner den Gegenbeweis freilassen wird[96]), wird es mit dem Beweise der Passivforderung bei der Aufrechnung verfahren. Wer aufgerechnet hat, trotzdem aber seine Aktivforderung wieder geltend macht, gegen den wird regelmäßig seine im Aufrechnungsakt liegende Anerkennuug der Gegenforderung in so hohem Maße sprechen, daß der Richter den an sich dem Beklagten obliegenden Beweis für die Passivforderung durch die unbestrittene Tatsache der vollzogenen Aufrechnung für geführt erachten wird. Zu einer andern Beweiswürdigung könnte der Richter nur gelangen, wenn der Kläger unter Beweis stellen würde, daß die Voraussetzungen, unter denen er die frühere Erklärung abgegeben habe, in Wirklichkeit nicht bestanden, daß er daher die Erklärung irrig abgegeben habe. Der Kläger wird also auch nach unserer Lehre regelmäßig den Beweis erbringen müssen, daß die Gegenforderung nicht bestanden hat. Praktisch wird danach die Entscheidung der Streitfrage für die Frage der Beweislast keine Rolle spielen.

Von manchen Gegnern[97]) ist fernec geltend gemacht worden, daß es äußerst unbillig sei, wenn nach unserer Lehre noch nach vielen

---

[95]) S. 32—39.

[96]) Vgl. Planck Not. 5c zu § 368 BGB.

[97]) Vgl. Leonhard a. a. O. S. 222, Stölzel S. 308, Kohler Ztschr. f. Zivilpr. Bd. 24 S. 20.

Jahren die Pfandgeber und Bürgen verhaftet seien, trotzdem sie vielleicht auf die Gültigkeit der Aufrechnung vertraut und auch keine Gelegenheit hatten, sich von der Gültigkeit der Gegenforderung zu überzeugen. Der praktische Unterschied zwischen beiden Lehren in Beziehung auf diesen Punkt ist ebenfalls nicht sehr groß. Gegen den Pfandgeber wie gegen den Bürgen müssen auch die Gegner, wenn sie folgerichtig vorgehen wollen, eine Kondiktion auf Weiterhaftung gewähren, da diese um den Wegfall ihrer Haftung grundlos bereichert sind. Nimmt man aber an, daß ein solcher Kondiktionsanspruch nicht besteht, und damit die Wirkung ihrer Weiterhaftung nicht erreicht werden kann, so fragt es sich, ob es nicht noch unbilliger ist, wenn jemand, der z. B. durch arglistige Täuschung des Gegners über das Bestehen einer Gegenforderung zur Aufrechnung mit seiner durch Pfand oder Bürgschaft gesicherten Forderung veranlaßt wird, nach der Lehre der Gegner seiner Sicherungen verlustig geht oder etwa nur einen wertlosen Anspruch auf Neukonstituierung der Pfänder und Bürgschaften gegen den fraudulosen, zahlungsunfähigen Schuldner erlangt.

Leonhard[98]) hat sich auf noch andere Gründe berufen, die die praktische Brauchbarkeit der gegnerischen Lehre dartun sollen. Sie sind jedoch außerordentlich zweifelhafter Natur.

Wenn jemand mit seiner Forderung aufrechnet, trotzdem er die Ungültigkeit der Gegenforderung kannte, so hält Leonhard[99]) es für ein Gebot der Billigkeit, daß seine Forderung analog wie im Fall des § 814 BGB. untergeht[100]). Wir haben im vorigen Abschnitt auseinandergesetzt, daß ein Gläubiger seine Forderung nach dem Gesetz nur durch Vertrag tilgen darf. Worin die Gründe zu suchen sind, ist dort ebenfalls gesagt worden. Angesichts der klaren Gesetzesbestimmung über ihren praktischen Wert zu streiten, ist jedenfalls unpraktisch.

Leonhard[101]) erscheint ferner der Umfang des Anspruchs nach unserer Lehre zu hoch, wenn die Forderung des (gegen eine Nicht-

[98]) A. a. O. S. 219 ff.

[99]) A. a. O. S. 220.

[100]) Damit läßt sich nicht zusammenreimen, daß Leonhard an einer andern Stelle (a. a. O. S. 218) erklärt, die Aufrechnung gegen eine Nichtschuld sei unwirksam, wenn nicht wenigstens die Gültigkeit und Aufrechenbarkeit im Geschäfte vorausgesetzt werde.

[101]) A. a. O. S. 222.

schuld) Aufrechnenden verzinslich war und daher die Zinsen von der Aufrechnung bis zur Einklagung weiterlaufen. Dabei übersieht er jedoch, daß, wenn der Gläubiger diese Zinsen nicht verlangen könnte, der Schuldner um die Kapitalsinteressen der Zwischenzeit grundlos bereichert wäre.

Die Aufrechnung gegenüber Naturalobligationen, an der Leonhard[102]) weiter die Billigkeit seiner Lehre erprobt, kann gegen unsere Lehre überhaupt nicht ins Feld geführt werden, weil in der Naturalobligation nicht eine Nichtschuld erblickt werden kann. Sie ist vielmehr als Schuld ohne Haftung anzusehen[103]). Daß eine Schuld, wenn sie auch nicht erzwingbar ist, keine Nichtschuld ist, folgt daraus, daß die Leistung auf eine Naturalobligation nach dem Gesetz nicht zurückgefordert werden kann, während im Fall der Nichtschuld der Regel nach ein Rückforderungsrecht eingeräumt wird.

Danach enthält die gegnerische Lehre kein so prominent praktisches Ergebnis, daß dasselbe bestimmend auf die theoretische Beurteilung der Streitfrage zurückwirken könnte.

Dagegen soll im folgenden die praktische Brauchbarkeit unserer Lehre an einem Postulat der Prozeßpraxis nachgeprüft werden, dessen rechtliche Existenzberechtigung allein in unserer Lehre wurzelt. Gemeint ist die „Eventualaufrechnung“. Daß dieselbe praktisch unentbehrlich ist, wird allgemein anerkannt. Deshalb haben auch unsere Gegner nach einer Erklärung für sie gesucht. Ob ihnen dieselbe gelungen ist, soll im folgenden gezeigt werden.

„Eventualaufrechnung“ ist ein terminus technicus der Praxis, dessen Inhalt der Erklärung bedarf.

Wenn im Prozeß der Beklagte erklärt, er bestreite die Klageforderung, rechne aber mit seiner unbestrittenen Gegenforderung eventuell auf, so will er damit sagen, er wolle seine Gegenforderung nur dann durch Aufrechnung tilgen, wenn der Richter die Klageforderung als gültig anerkenne. Die Zulässigkeit dieser Verteidigung ist, wie Hellwig[104]) richtig dargetan hat, in den §§ 209, 215 B.G.B., 145, 302 Z.P.O. (als möglich) vorausgesetzt. Eine besondere gesetzliche Regelung ist aber für sie nicht erfolgt. Danach muß sie aus andern Rechtssätzen hergeleitet werden.

---

[102]) A. a. O. S. 221.
[103]) Vgl. Staudinger II, 1. S. 2 und 8.
[104]) A. a. O. S. 244.

Sehen wir zuerst, was unsere Gegner zu ihrer Begründung anführen.

Den Stölzelschen Versuch, die „Eventualaufrechnung" durch die ihr mangelnde Schuldanerkennung zu erklären, haben wir bereits im dritten Abschnitt (§ 4) widerlegt.

Nach Kohler wird, wie früher erwähnt wurde[105]), im Prozeß die Aufrechnung einredeweise vorgebracht und die „Gegenforderung" nur in Szene gesetzt unter der Bedingung, „daß es nötig ist, um einen wirklichen und zuerkannten Klageanspruch zu tilgen"[106]). Das Bedingungsverbot des § 388 B.G.B. stört Kohler nicht, weil „der Prozeß einem baldigen Ziele zustrebe und den Gegner nicht in die Fährlichkeiten eines problematischen zweifelhaften Rechtsgeschäfts hineinziehe"[107]). Gegen Kohler hat schon Leonhard[108]) richtig angeführt, daß als Konsequenz seiner Lehre im Prozeß alle Bedingungen zulässig sein müßten, was nicht zweckmäßig sei und wofür auch kein Bedürfnis vorliege.

Leonhard[109]) wiederum erblickt den Grund für die Zulässigkeit der „Eventualaufrechnung" in der Zwangslage des Schuldners, der die Erklärung bis zum Erlaß des Urteils abgeben müsse, falls er nicht zahlen wolle. Denn in der Vollstreckungsinstanz könne er sich allenfalls nur durch eine Klage aus § 767 Z.P.O. helfen. Ebenso wie der Schuldner in anderen Zwangslagen mit Vorbehalt aufrechnen könne, müsse er auch hier dazu befugt sein. Leonhard erblickt also in der „Eventualaufrechnung" eine entgegen § 388 B.G.B. zugelassene b e d i n g t e Aufrechnung. Der Leonhardschen Beweisführung liegt eine Verwechslung zu Grunde. Allerdings hat derjenige, der in einer Zwangslage aufrechnet (oder zahlt) das Recht, dies unter Vorbehalt zu tun. Dieser Vorbehalt und die (suspensive) Bedingung sind aber nicht eins. Tilgt man eine Forderung unter einer (suspensiven) Bedingung, so tritt die Tilgung (d. i. die Leistung durch Schuldbefreiung) nur mit Eintritt der Bedingung ein. Dagegen wird beim Vorbehalt die Leistung (Schuldbefreiung) gültig vollzogen, nur daß beim Leistungsempfänger die Beweislast für die Gültigkeit seiner

---

[105]) Vgl. Not. 12 und 43.

[106]) Vgl. Kohler in der Ztschr. f. Zivilpr. Bd. 24 S. 20.

[107]) Vgl. Kohler a. a. O. S. 22.

[108]) A. a. O. S. 200.

[109]) eod. loc.

früheren Forderung bleibt, wenn der Schuldner die Leistung zurückfordert[110]). Nimmt Leonhard daher an, daß der Prozeß für den Beklagten eine Zwangslage enthalte, die ihn berechtige, seine Forderung unter Vorbehalt zu tilgen, dann hieße das, daß der Beklagte zwar seine Forderung tilgen müßte, aber bei ihrer Wiedererlangung günstiger daran wäre. Die Tilgung seiner Forderung will ja aber der Beklagte bei der Eventualaufrechnung gerade vermeiden, falls sie nicht zur Tilgung des Klageanspruchs erforderlich ist[111]).

Nach dem Standpunkt der übrigen Gegner ist die Eventualaufrechnung überhaupt nicht zu rechtfertigen[111a]). Da die Aufrechnung nach ihrer Theorie die zur Aufrechnung gestellte Forderung unter allen Umständen tilgt, müssen sie in der „Eventualaufrechnung" eine bedingte Aufrechnung erblicken. Diese aber verstößt unzweifelhaft gegen das Bedingungsverbot des § 388 B.G.B.

Eine richtige Konstruktion der „Eventualaufrechnung" ergibt, daß es sich bei ihr gar nicht um einen Fall bedingter Aufrechnung handelt, § 388 B.G.B. also auf sie nicht angewendet werden kann. Die Bedingung ist vielmehr eine sog. conditio in praesens vel in praeteritum collata, die auf die Gültigkeit der Passivforderung abgestellt ist. Dagegen hat Leonhard[112]) eingewendet, wer eventuell aufrechne, der wolle aufrechnen für den Fall, daß die Klageforderung vom Richter zuerkannt werde, auch wenn dieser sie zu Unrecht zuspricht, die Forderung also in Wirklichkeit ungültig ist. Die Gültigkeit der Klageforderung spiele daher keine Rolle. Im richterlichen Urteil läge daher die objektiv ungewisse, zukünftige Tatsache, auf die die Bedingung gestellt werde[113]). Das kann sie aber für das Recht nicht sein. „Nach der idealen Anschauung des Rechts stellt das richterliche Urteil „nur fest, was immer vorhanden war, „erkennt" der Richter das, was ist. „Daher steht in der Idee das richterliche Urteil schon a priori fest, „es ist nicht etwas objektiv Ungewisses"[114]). Das richterliche Urteil,

---

110) Vgl. Stölzel a. a. O. S. 258.

111) Davon ist schon im 3. Abschnitt § 4 die Rede gewesen.

111a) Das nimmt auch Förtsch (loc. cit.) an.

112) A. a. O. S. 173.

113) Ebenso Förtsch „Die sog. ev. Aufrechnung unter dem Rechte des BGB." in Gruchots Beitr. Bd. 42 S. 231 ff., ferner Mansfeld „Zur Lehre von der Eventualaufrechnung" Deutsche Juristenzeitung 3. Jhg. S. 257.

114) Isay a. a. O. S. 78.

das die Forderung anerkennt, ist nur deklarativ. Die Forderung gilt von vornherein als gültig, mag der Richter falsch oder richtig geurteilt haben. Wer deshalb für den Fall aufrechnet, daß der Richter die Klageforderung zuerkennt, der setzt nicht eine zukünftige ungewisse Tatsache zur Bedingung für die Tilgung, sondern die von vornherein feststehende, durch richterliches „Erkenntnis" aber erst enthüllte (deklarierte) Gültigkeit der Gegenforderung. Er hebt deshalb nur eine Rechtsbedingung für die Gültigkeit besonders hervor[115]. Weist der Richter daher die Klageforderung ab, so steht fest, daß gegen eine ungültige Forderung vom Beklagten aufgerechnet worden ist. Nach unserer Lehre bleibt aber in diesem Fall die Forderung des Aufrechnenden unberührt. Dies gerade wollte auch der Beklagte mit der „Eventualaufrechnung" erreichen.

Gegen diese in der Literatur weit verbreitete Begründung der Eventualaufrechnung ist von den Gegnern eingewendet worden, sie erkläre nicht die „Eventualaufrechnung" gegen Forderungen, die man in erster Linie durch eine Einrede bekämpfe, denn gegen einredebehaftete Forderungen könne wirksam aufgerechnet werden. Die Forderung des Beklagten würde also auch dann erlöschen, wenn die Einrede durchgriffe[116].

Dieser Einwurf ist in der Literatur bisher nicht entkräftet worden.

Planck[117] hat versucht die „Eventualaufrechnung" gegenüber einredebehafteten Forderungen damit zu retten, daß er nach Kohlerschem Rezept darlegt, es handele sich um eine bedingte Aufrechnung, für die § 388 Abs. 2 B.G.B. aber deswegen nicht zur Anwendung käme, weil sich im Prozeß die Ungewißheit darüber, ob die Aufrechnung als erfolgt anzusehen ist, auf enge, festbestimmte Grenzen beschränke. Daß das keine Rechtfertigung für die Durchbrechung des Gesetzes ist, ist bereits nachgewiesen worden.

Noch mehr verunglückt ist der Rechtfertigungsversuch von Staudinger[118]. Er begründet die Zulässigkeit der Eventualaufrechnung für diese Fälle damit, daß eine Bedingung im Sinne des § 388 Abs. 2

---

[115]) Daß die Hervorhebung einer Rechtsbedingung eine unzulässige Bedingung im Sinne des § 388 Abs. 2 BGB. sei, haben vereinzelt Kipp und Hellwig (ohne Begründung) behauptet.

[116]) Vgl. Leonhard a. a. O. S. 175.

[117]) Not. 4b zu § 390 BGB.

[118]) Not. 2b zu § 388 BGB.

BGB. nicht vorliege, sondern eine conditio in praesens vel in praeteritum collata. Das ist richtig, erklärt aber gar nicht, warum die Forderung des Beklagten hier ebenso wie bei der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld bei Stichhaltigkeit der Einrede unberührt bleibt, da doch gegen einredebehaftete Forderungen gültig aufgerechnet werden kann.

Wir werden hier zwischen peremtorischen und dilatorischen Einreden zu unterscheiden haben.

Die Zulässigkeit der „Eventualaufrechnung" bei einer mit einer peremtorischen Einrede bekämpften Klageforderung läßt sich unmittelbar auf das Prinzip der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld zurückführen. Die einredebehaftete Klageforderung wird nämlich durch die der Eventualaufrechnung vorhergehende Erhebung der peremtorischen Einrede aufgehoben und ist fortan als Nichtschuld zu behandeln. Ist eine Forderung mit einer solchen Einrede behaftet, dann kann gegen sie solange aufgerechnet werden, als die Einrede nicht erhoben ist. Ist aber von dem Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch gemacht worden, dann ist die Forderung untergegangen. Sie kann auch durch Verzicht auf die Einrede nicht mehr aufleben. Das Urteil, das auf die erhobene Einrede ergeht, ist rein deklarativ, nicht konstitutiv. (Diese Wirkung der Geltendmachung peremtorischer Einrederechte hat Hellwig[119]) zuerst treffend auseinandergesetzt.) Erkennt in unserem Fall der Richter die Einrede als berechtigt an, dann war die der Erhebung der Einrede nachfolgende (unbedingte) Aufrechnung (Eventualaufrechnung) gegenüber einer Nichtschuld und deshalb unwirksam erfolgt.

Die Zulässigkeit der Eventualaufrechnung gegen eine Klageforderung, die man in erster Linie mit einer dilatorischen Einrede (z. B. der der Vorausklage) bekämpft, läßt sich allerdings nicht auf die gleiche Weise begründen. Durch Erhebung der dilatorischen Einrede wird die bestehende Klageforderung noch nicht aufgehoben. Die Forderung des Beklagten würde also gegen sie aufgerechnet werden. Der gleiche Fall würde dann vorliegen, wenn der ev. aufrechnende Beklagte in erster Linie die Fälligkeit bestreitet, weil gegen nicht fällige Forderungen gültig aufgerechnet werden kann (§ 387 B.G.B.).

---

[119]) In seinem „Lehrbuch des d. Zivilprozeßrechts" S. 249 ff.

Nichtsdestoweniger wird man auch hier annehmen müssen, daß es sich um Aufrechnung gegen eine Nichtschuld handelt. Der besondere Charakter dieser Nichtschuld liegt darin, daß sie nur für diesen Prozeß eine Nichtschuld bildet, im übrigen aber als Schuld weiter fortbesteht. Geht nämlich aus dem deklarativen richterlichen Urteil hervor, daß die verzögerliche Einrede durchgreift oder die Klageforderung noch nicht fällig ist, dann hat der Beklagte (unbedingt) gegen eine Klageforderung aufgerechnet, die eine sofortige Verwirklichung durch Zwangsvollstreckung nicht ermöglicht. Das muß aber im prozessualischen Sinne als Nichtschuld gelten.

Zu der hier vertretenen Auffassung von der „Eventualaufrechnung" als unbedingter Aufrechnung zwingen auch die Motive des Gesetzes. Nach ihnen liegt in der „Eventualaufrechnung" eine unbedingte Aufrechnungserklärung, welche wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung zerfällt, wenn der Richter den eingeklagten Anspruch aus anderen Gründen für ungerechtfertigt hält[120].

Jedenfalls gewährt die hier vertretene Lehre eine ausreichende Erklärung für die im Gesetz selbst vorausgesetzte, praktisch unentbehrliche „Eventualaufrechnung", wo sich die Gegner zu ihrer Erklärung mit dem Gesetz in Widerspruch setzen müssen.

Danach kann über die praktische Brauchbarkeit unserer Lehre kein Zweifel herrschen. Das hat auch in der Rechtsprechung des Reichsgerichts die gebührende Anerkennuug gefunden. In der Entscheidung vom 16. September 1903[121]) hat das Reichsgericht eine Aufrechnung für ungültig erklärt, wo der Aufrechnende zur Zeit der Aufrechnung noch nicht Schuldner des anderen Teiles war und daher gegen eine Nichtschuld aufgerechnet hatte, und zur Begründung darauf hingewiesen, daß diese Aufrechnung nicht den primären Voraussetzungen des § 387 B.G.B. entspreche.

---

[120]) Mot. Bd. 2 S. 108.

[121]) Abgedruckt u. a. in Seufferts Archiv Bd. 60 S. 55.

Lebenslauf.

Ich, Adolf Brauer, jüdisch, bin am 1. August 1885 in Carlsruhe O.-S. als Sohn des früheren Kaufmanns, jetzigen Rentiers, Wilhelm Brauer und dessen Ehefrau Adelhaide, geb. Bial, geboren.

Ostern 1897 trat ich nach Vorbereitung in die Quarta des Realgymnasiums am Zwinger in Breslau ein. Diese Schule besuchte ich bis zu der Ostern 1904 abgelegten Reifeprüfung. Darauf widmete ich mich 3 Semester in Breslau, 2 Semester in Berlin und das letzte Semester wieder in Breslau juristischen Studien.

Am 11. Juli 1907 bestand ich das Referendariatsexamen, war seit der am 1. August 1909 erfolgten Vereidigung am Amtsgericht in Loslau, am Landgericht und an der Staatsanwaltschaft in Oppeln und bin nunmehr auf Anwaltstation in Breslau beschäftigt.